فِقهُ المعَامَلات

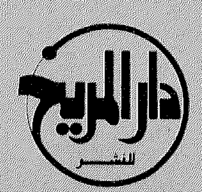
دراسة مقارنة

تأليف

الدكتور محمد علي عثمان الفقي

كليّة الشريعة والقانون . جامعة الأزهر
بالقاهرة
كليّة الاقتصاد والإدارة . فرع جامعة الملك سعود
بالقصيم









فقه المعاملات

دراسة مقارنة

فقه المعاملات

دراسة مقارنة

تأليف
الدكتور محمد علي عثمان الفقي
كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر
بالقاهرة
كلية الاقتصاد والإدارة - فرع جامعة الملك سعود
بالقصيم

تقديم
الدكتور / سلطان بن محمد بن علي السلطان
عميد كلية الاقتصاد والإدارة
جامعة الملك سعود - فرع القصيم



ص.ب : ١٠٧٢٠ - الرياض : ١١٤٤٣ - تلكس ٢٠٣١٢٩
المملكة العربية السعودية - تلفون ٤٦٥٨٥٢٣ - ٤٦٤٧٥٣١

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى :

﴿ وَمَا كَانَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا۟ كَآفَّةً ۚ فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ وَلِيُنذِرُوا۟ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴾ .

(سورة التوبة، الآية ١٢٢)

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم :

﴿ومن يرد الله به خيراً يفقهه في الدين﴾ .

(صحيح البخاري جـ ١ ص ٢٨ مطابع الشعب
بمصر سنة ١٣٧٨ هـ)

الفهرس

الباب الرابع : البيع

الباب الخامس: الشركات والإفلاس والاوراق التجارية

الباب السادس: الوكالة والوظيفة العامة

الباب السابع : الهبة والعارية والوديعة

الباب الثامن: الرهن والكفالة

إهداء

أهـدي هـذا الجهـد الى البـاحثـين في الفقـه الإسلامي والقانون، العاملين على تطبيق شـريعتنا الإسلامية على معاملاتنا المختلفة.

تقديم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد:

فيسرني أن أقدم هذا الكتاب في فقه المعاملات الذي قام بتأليفه الدكتور محمد علي عتمان الفقي الأستاذ المساعد بالكلية، ولا أظن أن كتاباً سبق هذا الكتاب في مثل هذا الإلمام الشامل بالأحكام الفقهية التي تتصل بالمعاملات على اختلاف أنواعها، وتباين مجالاتها.

وهذا الكتاب وإن كان مهماً لكل مسلم فإنه أكثر أهمية بالنسبة للمشتغلين بالاقتصاد والإدارة فمن خلاله يتعرفون إلى أحكام الدين في كل ما يتصل بمجالات عملهم من معاملات البيع، والشركات، والأوراق المالية والتجارية وغير ذلك من الأمور العصرية الملحة التي يتحتم الوقوف على رأي الإسلام فيها، ومنهجه في علاجها.

وقد سلك المؤلف في كتابه منهجاً مقارناً بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية لا بهدف المفاضلة فهذا ـ بالطبع ـ أمر مردود، وإنما بهدف بيان كمال الشريعة الإسلامية السمحة، وإظهار ما لها من تفوق على كل ما تواضع عليه البشر من قوانين وأنظمة.

ولما كان هذ الكتاب يمثل في نهجه ومادته الطريق التي رسمتها لنفسها كلية الاقتصاد والإدارة في منهجيتها التي تتبنى الفكر الجاد المفيد فقد رأت الكلية أن

يكون هذا الكتاب ضمن المقررات الدراسية لطلابها في مادة المدخل الى فقه المعاملات (١٠٦ دار).

ولا أظن ـ في الختام ـ أن كلمة شكر ستفي الدكتور محمد الفقي حقه فإنما جزاؤه على الله لقاء ما نفع به الإسلام والمسلمين. وفقه الله ـ دائماً ـ لما فيه النفع والخير.

والله نسأل أن يكون عملنا خالصاً لوجهه.

عميد كلية الاقتصاد والإدارة

د. سلطان بن محمد بن علي السلطان

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد:

فيقصد بفقه المعاملات مجموعة الأحكام التي تنظم علائق الناس الناشئة عن معاملاتهم فيما بينهم. والغرض منه تنظيم شؤون المجتمع في كل ما تدعو إليه الحاجة لتحقيق الحياة الإنسانية الكريمة.

ومن هنا تظهر أهمية فقه المعاملات لتعلقه المباشر بالحياة العملية للناس إذ ينير أمامهم الطريق السليم ويهديهم الى الصواب والخير.

لذلك عنيت به عناية خاصة، فبحثت موضوعاته في مذاهب أهل السنة والجماعة في معظم الأحيان، وقارنتها بالقوانين والأنظمة لتزداد معرفتنا بأحكامه، وليظفر التشريع والفقه والقضاء بأحسن الحلول وأعدلها، ولنصل الى حكم الدين والدنيا، ولتلتقي عدالة الأرض مع عدالة السماء في تطبيق شريعتنا حيث الحق المطلق والعدالة المجردة.

وإذا كانت المقارنة تقتضي عادة التماثل أو التشابه بين شيئين بغرض المفاضلة بينهما، فليس هذا منطلقي في المقارنة، فشريعة الخالق جلت أن تقارن بشريعة المخلوق، وإنما أردت بيان حكم الشريعة الإسلامية وما جاء به القانون، لتظهر محاسن الشريعة ويتضح تفوقها على القوانين والأنظمة.

وفيما يتعلق بالمسائل الخلافية عرضت أقوال الفقهاء، مقرونة بأدلتها،

مستندة الى قائلها، وناقشت هذه الأدلة اذا كان الأمر يتطلب ذلك، ورجحت ما أطمئن إليه لقوة دليله في نظري وملاءمته لروح الشريعة ومقاصدها معتمداً على الكتب الأساسية في كل مذهب، مع الاسترشاد بالمؤلفات الحديثة، واتبعت هذا الأسلوب نفسه في القانون.

وقد بدأته بالقاء الضوء على حقيقة الفقه الإسلامي وتقسيماته ومصادره، وبحث معنى القانون وخصائصه وأنواعه، وذلك لاعطاء فكرة شاملة عن الفقه الإسلامي والقانون المنظمين للمعاملات.

ثم عرضت للملكية والعقود بشكل عام، إذ هما أساس التعامل وعليهما ترتكز بقية المعاملات، بقصد الإلمام بالمال وتقسيماته والملك وأنواعه وحمايته، والعقد وأركانه وأحكامه وتقسيماته وانحلاله.

ثم فصلت الأحكام الجزئية لمعاملات البيع، والشركات والإفلاس والأوراق التجارية، والوكالة والوظيفة العامة، والهبة والعارية والوديعة، والرهن والكفالة، ليخرج القارىء من دراستها ملماً بكل المعاملات الشرعية والقانونية التي تحيط به في الحياة، وبذلك تتحقق له الحياة الإنسانية الفاضلة باتباع هدى الله وشرعه، كل ذلك في ثمانية أبواب تشتمل على ثلاثة وعشرين فصلاً. ثم أنهيته بخاتمة توضح أهم النتائج.

هذا، وقد توخيت وضوح العبارة ودقتها، وتحاشيت الإيجاز المخل والتطويل الممل.

ولا يفوتني أن أتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتنان الى الدكتور سلطان المحمد السلطان عميد كلية الاقتصاد والادارة فرع جامعة الملك سعود بالقصيم، الذي فتح لي قلبه وصدره، ومنحني من وقته وجهده الكثير، وكان لتوجيهاته الأثر العظيم في إخراج هذا الكتاب على هذا النحو، فجزاه الله عني وعن العلم خير الجزاء.

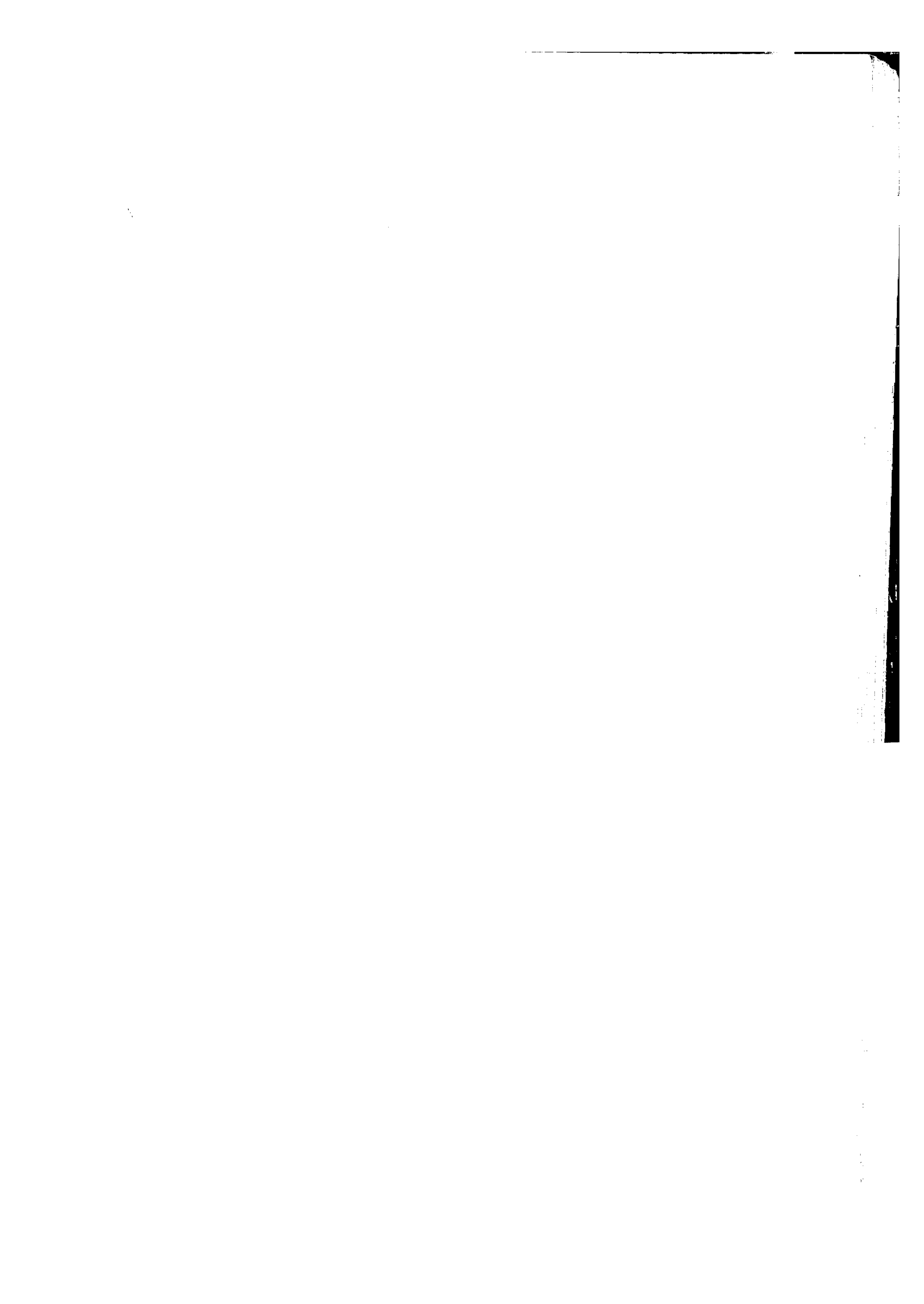
كما يطيب لي أن أتقدم بالشكر الى كل من أسدى إليّ عوناً ليخرج الكتاب

على هذه الصورة، لا سيما الدكتور فوزي محمد أمين بجامعتي الملك سعود والاسكندرية الذي راجع هذا الكتاب، وأمدني بكثير من أفكاره القيّمة.

والله أسأل أن ينفع به، وأن يهدينا سواء السبيل، إنه على ما يشاء قدير.

القصيم: ٩/٦/١٤٠٦هـ - ١٨/٢/١٩٨٦م

د. محمد الفقي



الباب الأول
الفقه والقانون

- الفقه الإسلامي.
- القانون.

الفصل الأول
الفقه الإسلامي

(حقيقته وتقسيماته ـ مصادره)
أولا ـ حقيقة الفقه الإسلامي وتقسيماته

حقيقة الفقه الإسلامي:

ـ الفقه في اللغة[1] يطلق على معنيين:

أولهما: مطلق الفهم والعلم. يقال فلان يفقه الخير والشر، أي يفهمهما ويعلمها.

وثانيهما: فهم غرض المتكلم من كلامه، فإذا تكلم أمامه متكلم فهم الغرض من كلامه وأدرك مقصوده. وهذا المعنى أخص من المعنى الأول، لأنه قدر زائد عن مجرد فهم المعنى.

والفقه في الاصطلاح: هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية[2]. كالعلم بفرضية الصلاة، وحل البيع وحرمة الربا، ووجوب الوفاء بالعقود.. وغير ذلك. ويراد بالعلم الإدراك، سواء أكان على سبيل اليقين

---

(١) القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، ملتزم الطبع والنشر شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الثانية سنة ١٣٧١ هـ ـ ١٩٥٢ م، جـ ٤ فصل الفاء ـ باب الهاء ص ٢٩١.

(٢) المدخل للفقه الاسلامي (تاريخ التشريع الاسلامي) د. حسن علي الشاذلي، مطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٩٣٦ هـ ـ ١٩٧٧ م، ص ٩.

والجـزم أم عـلى سبيـل الـظن. ويقصـد بـالأحكـام[١] الشـرعيـة الأحكام التي مصدرها الشرع، أي التي بينها الشرع في الكتاب والسنّة. . وهي الوجـوب والندب والحرمة والكراهة والإباحة، وكون الشيء سبباً لشيء آخر أو شرطاً له أو مانعاً منه، وكون العقد صحيحاً أو فاسداً أو باطلاً أو موقوفاً أو نافذاً أو لازماً.

ويخرج بقيد الأحكام الشرعية، الأحكام المأخوذة من العقـل كالعلم بـأن الواحد نصف الاثنين، أو المأخوذة من الحس كالعلم بأن النار محرقة، أو المأخوذة من الوضع اللغوي كالعلم بأن الفاعل مرفوع والمفعول به منصوب.

وكـون الأحكام الشـرعية عمليـة، يعني أنها تتعلق بأعمـال العباد الحسيـة كوجوب الصلاة والزكـاة، وكحرمـة الربـا والزنـا، وكحل البيـع وغير ذلـك من الأعمـال. ويخرج بهـذا القيد الأحكـام المتعلقـة بـالعقـائـد، والأحكـام المتعلقـة بالأخلاق، وإن كانا يدخلان في دائرة الشريعة. وعلى هذا تكون الشريعة أعم من الفقه، لأنها تشمل الأنواع الثلاثة (الاعتقادية، والأخلاقيـة، والعملية) بخـلاف الفقه فإنه لا يشمل منها إلا النوع الأخير فقط.

وأما كون هذه الأحكام مستنبطة من أدلتها التفصيلية فمعناه أنها مأخوذة من أدلتها المخصوصة بها لا الأدلة الإجمالية، وذلك لأن الأدلة تنقسم الى قسمين:

أدلة إجمالية: وهي الكتاب والسنّة والإجماع والقياس وغيرها، فكل واحـد منها يعتبر دليلاً إجمالياً تستقى منه الأحكام الشرعية.

أدلة تفصيلية: وهي الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الخـاصة بـالأحكام العملية، كقوله تعالى: ﴿وأقيموا الصلاة﴾[٢]، وقوله: ﴿لا تأكلوا الربا﴾[٣] وغير ذلك من الأدلة الخاصة بمسـألة جـزئية فـرعية، فعن طـريق النظر في هـذه الأدلة التفصيلية علمنا أن الصلاة واجبة، وأن الربا حرام، وما أشبه ذلك.

---

(١) الحكم في اصطلاح الأصوليين هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الاقتضاء أو التخيير أو الوضع. يراجع كتب أصول الفقه للاستزادة.

(٢) سورة البقرة آية ٤٣. وقد تكرر ذكرها في القرآن كثيراً.

(٣) سورة آل عمران آية ١٣٠.

فإذا علم المجتهد الحكم من دليله التفصيلي كان ذلك فقهاً، وسمي العالم بذلك فقيهاً، وعلى ذلك فالفقيه هو الشخص الذي تكونت عنده الملكة الفقهية التي تمكنه من استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وهو بهذا يكون لا فرق بينه وبين المجتهد.

تقسيمات الفقه الإسلامي:

نظم الفقه الإسلامي علاقة الانسان بربه الذي خلقه وسواه، كما نظم علاقة الانسان بأخيه الإنسان وبأسرته وبالمجتمع الذي يعيش فيه وعلاقة الدولة بغيرها من الدول الأخرى في حالة السلم والحرب، ولذلك جاء تنظيمه تنظيماً شاملاً لكل نواحي الحياة لإسعاد البشرية في الدنيا والآخرة.

وقد قسم أكثر الفقهاء الفقه الإسلامي الى قسمين:

الأول ـ العبادات: وهي مجموعة الأحكام التي شرعت لتنظيم صلة الانسان بخالقه، وبها يتقرب العبد من ربه، مثل الصلاة والزكاة والصوم والحج، مما لا يختلف باختلاف البيئات والأزمنة، ولذلك بينها الرسول ﷺ أكمل بيان بأفعاله، وإن كان القرآن قد جاء بأحكامها مجملة، وهذا النوع من الأحكام لا نظير له في القوانين الوضعية، لأنها لا تبحث في علاقة العبد بربه.

الثاني ـ المعاملات: وهي مجموعة الأحكام التي يقصد بها تنظيم علائق الناس الناشئة عن المعاملات فيما بينهم[1]. وذلك لتنظيم شؤون المجتمع في كل ما تدعو اليه الحاجة بحيث تكفل لهذا المجتمع الحياة الانسانية الفاضلة، كالبيع والإجارة والرهن والشركة والهبة ونحوها. وهذه المعاملات تختلف من جيل الى جيل ومن بيئة الى أخرى، لذلك جاءت أحكامها في القرآن والسنة مجملة حتى يكون لولاة الأمر من العلماء الحق في الاستنباط والتصرف لوضع الأحكام حسبما يتفق مع مصالح الناس ويساير أعرافهم[2].

---

(١) مبادىء الفقه الإسلامي د. يوسف قاسم، دار النهضة العربية سنة ١٣٩٨ هـ ـ ١٩٧٨ م بالقاهرة، ص ٣٠.

(٢) الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي للشيخ محمد سلام مدكور، دار النهضة العربية سنة ١٩٧٥ م / ١٩٧٦ م بالقاهرة، ص ١٥، ١٦

والذي دعا الفقهاء الى هذا التقسيم أنهم لاحظوا الغرض الأساسي الذي من أجله شرع الله لهم هذه الأحكام، فالتي يقصد منها إرضاء الله سبحانه وتعالى والتقرب اليه والحصول على ثوابه في الدار الآخرة سميت بالعبادات، والتي يقصد منها حصول الإنسان على حوائجه وقضاء مصالحه في الدنيا سميت بالمعاملات.

وليس معنى هذا أن العبادات ليست فيها منفعة دنيوية، وأن المعاملات ليس فيها معنى العبادة، وإنما لوحظ في هذا التقسيم المعنى الغالب في الموضوع، وإلا فإن العبادات فيها معان دنيوية، فالصلاة مثلاً فيها بجانب العبادة نظافة الجسم والثوب والمكان ورياضة بدنية للأعضاء وتعود على التفرغ الذهني لأمر من الأمور، ومثلها الزكاة والصيام والحج، وكذلك في المعاملات معان أخروية وذلك إذا تمت بصورتها المشروعة.

وقد توسع البعض في التقسيم واتجه الى التفصيل، فمنهم من يقسمه إلى أربعة أقسام: عبادات، ومناكحات، ومعاملات، وعقوبات، موجهاً ذلك بأن المسائل الفقهية إما أن تتعلق بأمر الآخرة وهي العبادات، وإما أن تتعلق بأمر الدنيا وهي تنقسم الى الثلاثة الباقية، لأن بقاء العالم منظماً يحتاج إلى قوانين شرعية في أمر الازدواج وهي قسم المناكحات، وفيما به التمدن والتعاون والتشارك وهو قسم المعاملات، ولاستقرار أمر التمدن على هذا المنوال لزم ترتيب أحكام الجزاء وهي قسم العقوبات[1].

ومنهم من يقسمه الى العبادات، والمعاملات، والعقوبات. ثم يذكر أن العبادات خمس الصلاة والزكاة والصيام والحج والجهاد، والمعاملات خمس المعاوضات المالية والأمانات والزواج وما يتصل به والمخاصمات والتركات، والعقوبات خمس القصاص وحد السرقة وحد الزنا وحد القذف وعقوبة الردة عن الإسلام[2]، وهناك تقسيمات أخرى[3].

---

(١) انظر في ذلك الأستاذ محمد مصطفى شلبي في أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت الطبعة الثانية ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م ص ١١.

(٢) ابن عابدين في حاشيته رد المحتار على المختار على متن تنوير الأبصار، المطبعة المصرية بمصر سنة ١٢٨٦ هـ، جـ ١، ص ٥٦.

(٣) راجع تفصيلها في المدخل للفقه الاسلامي د. حسن الشاذلي، ص ١٢.

والواقع أن الفقهاء قد تكلموا عن كل موضوع من موضوعات الفقه تفصيلاً على حدة، وذلك تحت عنوان معين مثل الباب أو الكتاب دون أن يجمعوا بين هذه الموضوعات في عنوان عام يشملها كما هو الحال في المؤلفات الحديثة ودون أن يهتموا بتقسيمها الى عبادات أو معاملات أو غيرهما، فنجد الفقيه عادة يبدأ مؤلفه بالكلام عن الطهارة في باب أو كتاب ثم الصلاة في باب أو كتاب آخر ثم الزكاة كذلك ثم الصوم والاعتكاف ثم الحج وكل هذه الأمور تتعلق بالعبادات، ثم ينتقل الى الكلام عن معاملات الناس بعضهم مع بعض في الأمور المالية والحقوق المتعلقة بها وذلك مثل البيع والإجارة والجعالة والمزارعة والشركة والقرض والرهن والهبة والكفالة والشفعة والحوالة والعارية والوديعة والوقف وإحياء الموات وغير ذلك، ثم يتكلم عن الأمور التي تتعلق بأحوال الانسان وشخصه من زواج وطلاق ونفقة ورضاع وحضانة وغير ذلك، ثم يتكلم عن الجنايات والديات والحدود وكل ما يتعلق بتحقيق الأمن والسلام بين الناس، ثم يتكلم عن الجهاد والسير وما يتعلق بها من جزية وهدنة وأمان ومعاهدات وهذه أمور تنظم علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول في السلم والحرب، ثم يتكلم أخيراً عن الصيد والذبائح والأطعمة والإيمان والنذور والقضاء والقسمة والشهادة والدعوى والبينات والحجر والوصية والفرائض.

وهكذا أفرد الفقهاء لكل موضوع معين من الموضوعات كتاباً أو باباً على حدة، وبينوا فيه كل أحكامه تفصيلاً، ولم يجمعوا بينها في نظرية عامة كما هو الحال في المؤلفات الحديثة، ويرجع ذلك إلى أنهم قد وجدوا نصوصاً في الكتاب والسنة تتعرض للموضوع المراد بحثه، وهم إنما يفهمون الموضوعات من هذه النصوص ويجتهدون في التعرف على الحكم منها، وبهذا أصبحت الأمانة تقتضي منهم أن يحللوا ما جاء في هذا الصدد، ويفهموا كل ما يتعلق به، كالبيع حيث أفرد له باب، والإجارة كذلك. . وهكذا، مع أن كلاً منهما يعتبر عقداً من العقود، وكان من الممكن علاج نظرية العقد باعتبارها موضوعاً شاملاً لكل أنواع العقود.

ولكن المتتبع للفقهاء وهم يبحثون على هذا المنوال يعلم يقيناً أنهم يعالجون هذه الموضوعات الجزئية على ضوء القواعد العامة التي استخلصوها من الكتاب

والسنّة، فسيرهم على هذا المنهج ليس جهلاً بهذه الطريقة ولا عدم إدراك بها، بل أمانة ودقة استدعت أن يعالج كل موضوع على حدة، وبذلك اتسعت دائرة البحث عندهم[1].

ثانياً ـ مصادر الفقه الإسلامي

يقصد بمصادر الفقه الإسلامي الأصول التي تستمد منها أحكام هذا الفقه. وهي الأدلة الشرعية الإجمالية[2].

وهذه المصادر منها مصادر أصلية[3] متفق عليها وهي القرآن والسنّة، وإن وجد اختلاف في طرق تخريج الأحكام منها، ومصادر تبعية متفق عليها من جمهور الفقهاء وهي الإجماع والقياس. ومنها مصادر تبعية مختلف فيها وهي قول الصحابي والاستحسان والمصالح المرسلة والاستصحاب وسد الذرائع والعرف وشرع من قبلنا. ونعرض بالقدر اللازم لأهم هذه المصادر وهي القرآن والسنة والاجماع والقياس والمصالح المرسلة والعرف، وذلك فيما يلي:

١ ـ القرآن الكريم

تعريفه:

القرآن الكريم هو كلام الله تعالى العربي المنزل على محمد ﷺ، المتعبد بتلاوته، المتحدي بأقصر سورة منه، المكتوب بين دفتي المصحف، المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس، المنقول إلينا تواتراً.

وعلى هذا فتفسير القرآن لا يسمى قرآناً، لأن اللفظ ليس من عند الله، وترجمة القرآن ولو كانت حرفية ليست قرآناً، لأن لفظها ليس من عند الله كذلك،

---

(١) المرجع السابق، ص ١٥.

(٢) راجع تفصيل هذه الأدلة في أصول الفقه الاسلامي د. بدران أبو العينين بدران، الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية، ص ٤٥ وما بعدها.

(٣) لا تتوقف دلالتها على الأحكام على دليل آخر.

كما أنها ليست بلفظ عربي، وما نزل على الرسل الآخرين لا يسمى قرآناً وإنما يسمى بأسماء أخرى مثل الانجيل والتوراة والزبور والصحف وغير ذلك. والأحاديث النبوية ليست قرآناًوإن كان معناها من عند الله، لأن لفظها ليس من عند الله وإنما من رسول الله ﷺ، والأحاديث القدسية ليست كذلك قرآناً وإن كان لفظها ومعناها من عند الله، لأنه لا يتعبد بتلاوتها ولم يتحد بها. كما أن منسوخ التلاوة لا يعتبر قرآناً، لأنه لم ينقل إلينا بين دفتي المصحف. وأخيراً ما نقل من قراءات غير متواترة، أي لم ينقلها جمع عن جمع تحيل العادة اتفاقهم على الكذب، لا يعتبر قرآناً، لأن القرآن قد نقل إلينا تواتراً.

حجية القرآن:

أجمع المسلمون على أن القرآن الكريم حجة يجب العمل بما ورد فيه، لأنه منقول الينا بطريق التواتر، أي قد رواه جمع عن جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب عادة، ومن ثم فهو قطعي الثبوت، أي أنه قد ثبت ثبوتاً قاطعاً لا شك فيه، وعلى ذلك فلا يصح لأحد من الناس أن يرتاب في طريقة وصوله إلينا.

كما أن القرآن هو المصدر الأول للتشريع، فلا يجوز العدول عنه الى غيره من الأدلة إلا إذا لم يوقف فيه على حكم الحادثة التي يراد الوقوف على حكمها.

دلالة القرآن على الأحكام:

رغم أن القرآن قطعي الثبوت فإن دلالته على الأحكام تارة تكون قطعية، وتارة تكون ظنية.

فتكون قطعية إذا كان النص دالاً على المعنى المراد ولا يحتمل أي معنى آخر، وأمثلة ذلك كثيرة جداً منها: قوله تعالى: ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾(١) فإن النص قطعي الدلالة، أي دال قطعاً على فرضية الصلاة وفرضية الزكاة، ومثل ذلك أيضاً قوله جلّ شأنه: ﴿كتب عليكم الصيام﴾(٢) وهكذا مما لا يخفى.

---

(١) سورة المزمل آية ٢٠.
(٢) سورة البقرة آية ١٨٣.

وتكون دلالة القرآن على الأحكام ظنية إذا كان النص يحتمل أكثر من معنى، وذلك كما في قوله تعالى في بيان عدة المرأة المطلقة التي تحيض: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾[1] فالقرء وهو مفرد قروء في اللغة له معنيان: الأول الحيض، والثاني الطهر، ولذلك اختلف الفقهاء في هذه العدة، فمن فسر القرء بالحيض جعل العدة ثلاث حيضات، ومن فسر القرء بالطهر جعل العدة ثلاثة أطهار، وما ذلك إلا لأن اللفظ يحتمل أكثر من معنى كما هو ظاهر، ومن ثم كانت دلالته على الحكم ظنية لا قطعية، إذ لو كانت قطعية لما كان هناك هذا الاختلاف.

٢ ـ السنّة

ماهيتها:

السنّة هي ما صدر عن الرسول ﷺ غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير. فهي من حيث كيفية صدورها عن النبي عليه الصلاة والسلام تنقسم الى أنواع ثلاثة: قولية، وفعلية، وتقريرية، أما القولية والفعلية فواضحة، وأما التقريرية فهي ما ثبت بسكوت النبي ﷺ عن إنكار فعل أو قول صدر من أحد من أمته في حضرته أو غيبته مع علمه وقدرته على الإنكار.

أنواع السنة بحسب طريق روايتها وحكم كل نوع:

تنقسم السنّة بحسب طريق روايتها ونقلها الى ثلاثة أنواع: سنة متواترة، وسنة مشهورة، وسنة آحاد[2].

(١) فالسنّة المتواترة هي ما رواها عن الرسول ﷺ جمع من الصحابة يستحيل اتفاقهم على الكذب عادة، ثم رواها عن الصحابة جمع من التابعين

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨.

(٢) هذا التقسيم عند الحنفية، أما الجمهور فقد قسموها الى سنة متواترة وسنة آحاد فقط وجعلوا السنة المشهورة من قبيل سنة الآحاد وان كانوا قد خصوها باسم خاص فأطلقوا على الحديث المشهور الحديث المستفيض.

يستحيل اتفاقهم أيضاً على الكذب عادة، ثم نقلها عن هذا الجمع جمع من أتباع التابعين شأنهم كذلك[1].

وأكثر السنة الفعلية من هذا النوع وأمثلتها كثيرة، منها: بيانه ﷺ لكيفية الصلاة ومناسك الحج ومقادير الزكاة.

وأما السنة القولية فالمتواتر منها عدد محدود منها قوله ﷺ: «من كذب عليّ متعمداً فليتبوأ مقعده من النار»[2].

وحكم السنة المتواترة أنها تفيد العلم اليقين، وأنها قطعية الثبوت كالقرآن فيجب العمل بها، لكن لو كان في دلالتها احتمال كانت ظنية الدلالة.

(٢) والسنّة المشهورة هي ما رواها عن النبي ﷺ راوٍ واحد أو اثنان أو عدد قليل من الصحابة لا يصل إلى حد التواتر، ثم استفاضت بعد ذلك في عصر التابعين وعصر أتباع التابعين بحيث رواها منهم جمع يصل الى حد التواتر بحيث يستحيل تواطؤهم على الكذب عادة. ومثالها حديث «إنما الأعمال بالنيات..»[3]، فإن الذي رواه عن الرسول ﷺ عمر بن الخطاب وحده، لكنه استفاض في التابعين حتى لقد رواه منهم الجم الغفير، وكذلك كان شأنه في عصر أتباع التابعين.

وهذا النوع وإن لم يكن يفيد اليقين فإنه يفيد ظناً قوياً قريباً من اليقين يطلق عليه الطمأنينة[4]، ومن ثم أخذ حكم المتواتر وهو وجوب العمل به إن كان قطعي الدلالة.

(٣) وأما سنّة الآحاد فهي الأحاديث التي رواها واحد أو عدد محصور لم يبلغ حد

---

(١) يلاحظ أن السنة دونت في عصر كبار التابعين وأتباع التابعين، الذي يبدأ من أوائل القرن الثاني الهجري حتى أوائل القرن الرابع الهجري (راجع المدخل للفقه الاسلامي د. حسن الشاذلي، ص ٢٧٠ وما بعدها) ومعنى ذلك أن المعول عليه في سند الحديث هو الفترة التي تسبق ذلك.

(٢) أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده عن علي رضي الله عنه، دار صادر ببيروت، جـ ١، ص ٧٨.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الشعب، مطابع الشعب بمصر سنة ١٣٧٨ هـ، جـ ١، ص ٤.

(٤) وهذا عند الحنفية كما قلنا لأن الجمهور يجعله من الآحاد.

التواتر فلا يمتنع اتفاقهم على الكذب عادة واستمر ذلك في العصور كلها. وأكثر السنن القولية من هذا النوع، ومن أمثلتها حديث معقل بن سنان الأشجعي في بَرْوَع بنت واشق الأشجعية، وقد سميت المفوضة، وهي التي مات عنها زوجها ولم يدخل بها ولم يسم لها مهراً فقضى رسول الله ﷺ بمهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط[1].

وحكم هذا النوع من السنن، أنه يفيد الظن ولا يفيد القطع ولا الطمأنينة، ويجب العمل به في الأحكام العملية دون الاعتقادية.

حجية السنة:

لا مجال للشك في أن السنة مصدر من مصادر التشريع وأن العمل بها واجب متى ثبت صحتها عن الرسول ﷺ، بدليل قوله تعالى: ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾[2]. وأن الاحتجاج بها يأتي في المرتبة الثانية بعد القرآن، لأن القرآن نقل بلفظه ومعناه فلم ينقص منه شيء، أما السنة فقد أبيح روايتها بالمعنى وهذا يؤدي إلى إحتمال أن لا يكون الراوي قد أحاط بالمعنى الذي قال به الرسول أو يكون لم يدركه. ومما يجعل الاحتجاج بها يأتي في المرتبة الثانية كذلك أن ثبوت القرآن كله قطعي أما السنة فمعظمها يثبت ثبوتاً ظنياً، كذلك فالسنّة تعد بمثابة الشرح والتفسير والبيان للقرآن ولا ريب أن التفسير يأتي في المرتبة الثانية بعد المفسر. ولحديث معاذ بن جبل حين أرسله النبي ﷺ الى اليمن قاضياً، فقد قال الرسول ﷺ بما تحكم، قال: بكتاب الله، قال: فإن لم تجد؟ قال: بسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد؟ قال

---

(١) رد هذا الحديث علي بن أبي طالب، لأنه يتعارض مع قوله تعالى: لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ﴾ (سورة البقرة الآية ٢٣٦) وقاس الموت على الطلاق ولم يجعل لها شيئاً سوى المتعة وترك العمل بالحديث. وخالفه في ذلك عبد الله بن مسعود، لأنه لا يرى الموت كالطلاق، وتأيد رأيه بهذا الحديث (راجع سبل السلام للصنعاني، تصحيح وتعليق محمد عبد العزيز الخولي، الناشر مكتبة عاطف بجوار ادارة الأزهر بالقاهرة، طبعة سنة ١٩٧٩ م، جـ٣، ص ١٠٤٤).

(٢) سورة الحشر آية ٧.

اجتهد رأيي، فقال الرسول ﷺ: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله»[1]، فقد جاء ذكرها للحكم بها بعد الكتاب.

منزلة السنّة من القرآن:

الأصل في السنة أن تكون مبينة لأحكام الكتاب[2]، وقد تكون مؤكدة لها، ويندر أن تأتي بأحكام سكت عنها القرآن، أي غير منصوص عليها بذاتها في القرآن.

أ ـ السنة مبينة لأحكام القرآن:

جاء بيان السنة لأحكام القرآن الكريم على وجوه أربعة:

الأول: بيان المجمل

مثل الأحاديث الواردة في بيان أوقات الصلاة، وعدد ركعاتها، وكيفية أدائها، وكذلك الأحاديث المبينة لمقدار المال الذي تجب فيه الزكاة. ومقدار الواجب فيه، وأنواع المال الذي تؤخذ منه.. كل هذه الأحاديث مبينة لما أجمله الكتاب بالسنّة لهذين الفرضين في قوله تعالى: ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾[3] وكذلك الحال في الحج والدية في القتل الخطأ وغير ذلك.

الثاني: توضيح المشكل

مثل قوله تعالى: ﴿وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر﴾[4]، فالآية تفيد حل الأكل والشرب للصائم إلى أن يتبين الخيط الأبيض من الخيط الأسود. ظن بعض الصحابة أن المراد بالخيط ظاهره، فأخذ عقالاً أبيض وعقالاً أسود ووضعهما تحت الوسادة، فنظر فلم

---

(١) مسند الامام أحمد بن حنبل، جـ ٥، ص ٢٣٠، ٢٣٦، ٢٤٢.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم﴾ (سورة النحل آية ٤٤).

(٣) سورة المزمل الآية ٢٠.

(٤) سورة البقرة الآية ١٨٧.

يتبين، وذكر ذلك للرسول ﷺ فضحك وقال: إن وسادك لعريض طويل، إنما هما الليل والنهار فزال الإشكال.

الثالث: تخصيص العام

كقوله تعالى: ﴿الذين آمنوا ولم يلبسوا إيمانهم بظلم﴾[1] فقد فهم بعض الصحابة أن المراد بالظلم العموم حتى قالوا: أينا لم يظلم؟ فقال ﷺ «ليس بذاك إنما هو الشرك» وهو أقبح أنواع الظلم.

الرابع: تقييد المطلق

كقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾[2]، فاليد مطلقة تصدق على اليمين وعلى اليسار فقيدها ﷺ باليد اليمنى.

ب ـ السنة مؤكدة لما جاء في القرآن:

السنة المؤكدة لما جاء في القرآن الكريم كثيرة منها: قوله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه[3] فإنه مؤكد لقول الله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾[4].

جـ ـ السنة تأتي بأحكام ليست في القرآن بذاتها:

وهذه نادرة، ومن أمثلتها أنه ﷺ نهى الرجال عن لبس الحرير واستعمال الذهب[5]، وأعطى الجدة السدس في الميراث[6].

ومع ذلك يمكن إرجاع مثل هذه الأحكام إلى الأصل الكلي في القرآن

---

(١) سورة الأنعام الآية ٨٢.
(٢) سورة المائدة الآية ٣٨.
(٣) مسند الامام أحمد بن حنبل، جـ ٥، ص ٧٢.
(٤) سورة النساء آية ٢٩.
(٥) سبيل السلام للصنعاني، جـ٢، ص ٥٢٨.
(٦) المرجع السابق، جـ٣، ص ٩٥٧.

الكريم الذي يوجب طاعة الرسول ﷺ وتنفيذ أمره واجتناب نهيه مثل قوله الله تعالى: ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾(١).

٣ - الإجماع

تعريفه وشروط تحققه:

الإجماع هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي.

ومن هذا التعريف يتبين أنه لتحقق الإجماع لا بد من توفر الأمور التالية:

(١) أن يكون الاتفاق من المجتهدين، ومن ثم فلا عبرة باتفاق أو اختلاف غيرهم من العلماء المقلدين أو العوام، لأنهم ليسوا من أهل النظر في مدارك الأحكام ولا فهم الحجة والبرهان.

(٢) أن يكون الاتفاق من جميع المجتهدين بحيث لا يشذ بعضهم ولو كان فرداً واحداً، لأن المخالف قد يكون على صواب(٢).

ومن هنا فقد عارض في الإجماع بعض الفقهاء، لا لشيء إلا لعدم تصورهم إمكان وقوعه بعد عصر الصحابة، وعلى ذلك يمكن القول بأن إجماع الصحابة حجة بلا خلاف. أما الإجماع في العصور التالية لعصر الصحابة فهو الذي وقع الخلاف بشأنه من حيث عدم إمكان تصور وقوعه.

والذي نراه أن الإجماع في هذا العصر من الممكن أن يتحقق، فبعد هذا التقدم العلمي المذهل في وسائل الاتصال لم يعد هناك ما يحول دون اجتماع

---

(١) سورة الحشر آية ٧.

(٢) وذهب بعض العلماء الى ان اتفاق الأكثر ندرة المخالف مما ينعقد به الاجماع، لأن الظاهر أن الحق في جانب السواد الأعظم، وهذا رأي له وجاهته، إلا أنه ينبغي اعتباره في مثل هذه الحالة حجة ظنية لا قطعية. وقد ذهب مالك الى أن اتفاق أهل المدينة خاصة يعتبر اجماعاً وحجة الا أنه يعتبر حجة ظنية، وقد نازعه في ذلك جمهور الفقهاء. كما أن الشيعة وقد أنكروا حجة الاجماع كما عرفه جمهور المسلمين ذهبوا الى أن اجماع المجتهدين من آل البيت يعتبر حجة.

المجتهدين في سائر أنحاء الأرض، وحتى من لم يحضر منهم يستطيع أن يطلع على الحكم الشرعي الذي قرروه.

(٣) أن يكون المجتهدون من أمة محمد ﷺ، فأما اتفاق المجتهدين من الأمم الأخرى فإنه لا يعتبر إجماعاً شرعياً.

(٤) أن يكون اتفاقهم بعد وفاة الرسول ﷺ لأن الإجماع في عصره لا اعتبار به، إذ إنهم إن اتفقوا على أمر فوافق الرسول ﷺ عليه كان العمل به لا على أنه «إجماع» بل على أنه سنّة وإن لم يوافق عليه سقط ولا عبرة به.

(٥) أن يكون اتفاقهم في عصر من العصور، فلا يشترط إجماعهم في كل العصور الى يوم القيامة لأن هذا يجعل الإجماع مستحيلاً، والمراد بالعصر الذي أجمعوا فيه: عصر من وجد من أهل الاجتهاد في الوقت الذي حدثت فيه المسألة التي احتيج الى بيان حكمها، فلا يعتد بمن صار مجتهداً بعد حدوثها وإن كان المجتهدون في هذه المسألة المجمعون على حكمها ما زالوا على قيد الحياة.

(٦) أن يتفق المجتهدون على حكم شرعي، كالوجوب أو الندب أو الحرمة أو الكراهة، أو الإباحة، أو الصحة، أو البطلان، أما الأحكام العقلية أو الحسية أو اللغوية، فالاتفاق على مثلها لا يعتبر إجماعاً على حكم شرعي.

أنواع الإجماع:

يتنوع الإجماع باعتبار الطريقة التي تم بها الى نوعين: إجماع صريح وإجماع سكوتي.

الإجماع الصريح: وهو أن تعرض المسألة على المجتهدين في مجلس واحد فيبدي كل منهم رأيه فيها بالتكلم، أو أن تعرض عليهم في أماكن مختلفة فيفتي كل منهم فيها برأيه، أو يعمل بما أفتوا به فيتفقون في الحالتين على حكم هذه المسألة، فالأول إجماع قولي كما أن إبداء رأي كل منهم في مجلس واحد إجماع قولي، والثاني إجماع عملي، والإجماع القولي والإجماع العملي هما الأصل في باب الإجماع، ولذلك كانا عزيمة، لأن العزيمة هي الأمر الأصلي.

والإجماع السكوتي: وهو أن يتكلم بعض المجتهدين في المسألة ويسكت البعض الآخر وذلك إذا كانوا مجتمعين، أو يبدي مجتهد فيها رأيه إذا كانوا غير مجتمعين ويصل هذا الرأي الى باقي المجتهدين فيسكتون بعد مضي مدة التأمل والتفكير في الحكم، ولا يكون هناك مانع من إعلان المعارضة من ظلم أو حياء أو تقية أو غير ذلك من الأسباب، وهذا النوع من الإجماع رخصة عند القائلين به، لأنه جعل إجماعاً للضرورة، والرخصة مبنية على الضرورة.

حجية الإجماع:

ذهب الجمهور إلى أن الإجماع الصريح حجة قطعية يجب العمل به ولا يجوز مخالفته في عصر المجمعين ولا بعد مضي عصرهم، إذ به تخرج المسألة المجمع عليها عن أن تكون محلاً للاجتهاد، والدليل على حجيته الكتاب والسنّة.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا﴾[١] ووجه الاستدلال من ناحيتين: **الأولى**: أن أولي الأمر في الدين[٢] هم أصحاب الرأي فيه، وهؤلاء هم المجتهدون، فيجب طاعتهم فيما اجتمعوا عليه، **الثانية**: أن الله تعالى أمر المجتهدين من المؤمنين إذا تنازعوا في شيء أن يردوه الى الله والرسول عن طريق القياس، ومفهوم هذا أنهم إن لم يتنازعوا ـ بأن اتفقوا على حكم ـ فعلى المؤمنين العمل بما اتفقوا عليه.

وأما السنّة: فمنها قوله ﷺ: «لن تجتمع أمتي على الضلالة»[٣]، وقوله: «من خالف الجماعة شبراً خلع ربقة الإسلام من عنقه»[٤]، وقوله: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»[٥]، وغير ذلك كثير، فهذه الأحاديث تدل على أن ما اجتمعت عليه أمة محمد ﷺ أي المجتهدون منهم يكون حقاً، وأنها معصومة

---

(١) سورة النساء آية ٥٩.

(٢) وأولي الأمر في التنفيذ هم الأمراء والحكام.

(٣) رواه ابن ماجة في كتاب الفتن باب ٨.

(٤) أخرجه الامام أحمد بن حنبل في مسنده عن أبي ذر، جـ ٥، ص ١٨.

(٥) مسند الامام أحمد بن حنبل، جـ ١، ص ٣٧٩.

من الخطأ، والأحاديث متواترة في هذا المعنى وإن لم تتواتر لفظاً، والمتواتر يفيد علم اليقين، سواء أكان متواتراً لفظاً أم متواتراً معنى.

وأما الإجماع السكوتي فقد أنكر حجيته البعض، ويرى البعض الآخر أنه حجة إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم، فمنهم من قال إنه حجة قطعية، ومنهم من قال إنه حجة ظنية.

٤ ـ القياس

تعريفه وأركانه:

القياس هو إلحاق فرع لا نص فيه ولا إجماع بأصل فيه نص أو إجماع في الحكم الشرعي الثابت له لتساويهما في علة هذا الحكم.

فلو وجدت حادثة لم يرد في حكمها نص أو إجماع وكان لها نظير ورد في حكمه نص من كتاب أو سنة أو ورد في حكمه إجماع، وتبين أن علة حكم هذا النظير متحققة في تلك الحادثة، فإنها تلحق به وتعطى نفس الحكم.

وعلى هذا فأركان القياس أربعة هي:

(١) **الأصل**: وهو الواقعة التي ثبت فيها الحكم بنص أو إجماع، وتسمى «المقيس عليه» أو «المشبه به».

(٢) **الفرع**: وهو الحادثة التي لم يرد بحكمها نص ولا إجماع، ويراد الحاقها بالأصل في حكمه، وتسمى «المقيس» أو «المشبه».

(٣) **حكم الأصل**: وهو الحكم الشرعي الثابت للأصل، ويراد إثباته للفرع بطريق القياس.

(٤) **العلة**: وهي الوصف الذي بني عليه حكم الأصل، وهو موجود في الفرع ويراد تسويتهما في الحكم.

ونوضح ذلك بهذا المثال: شرب الخمر واقعة ورد بحكمها النص وهو قوله

تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر[1] والأنصاب[2] والأزلام[3] رجس[4] من عمل الشيطان فاجتنبوه[5] لعلكم تفلحون، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون﴾[6].

فقد حرّم الله شرب الخمر بالنص لما لها من مفاسد، لعلة هي الإسكار، والخمر عند العرب هي عصير العنب النيء إذا ترك حتى اشتد، وقد وجدت أشياء أخرى تفعل فعل الخمر وتؤثر أثرها، وهي ما اتخذ من غير العنب من الثمار والحبوب والنباتات المختلفة مما يغيب العقل ويحجبه عن العمل، فالمجتهد يلحق هذه الأشياء بالخمر لتحقيق العلة التي شرع من أجلها التحريم، فتكون محرّمة.

فالخمر «الأصل» أو المقيس عليه، والمشروبات الأخرى هي «الفرع» أو المقيس، والإسكار هو «العلة» والحكم هو «الحرمة».

حجية القياس:

ذهب جمهور العلماء إلى أن القياس حجة شرعية في المسائل العملية لا الاعتقادية، وأنه في المرتبة الرابعة بعد كتاب الله تعالى وسنّة رسوله ﷺ والإجماع، بحيث إذا لم يوجد في الواقعة نص ولا إجماع، وثبت أنها تساوي واقعة أخرى - ورد نص أو إجماع على حكمها - في علة حكمها، فإنها تقاس عليها ويحكم فيها بحكمها ويكون هذا حكمها شرعاً، ويسع المكلف اتباعه والعمل به.

---

(١) الميسر: القمار.

(٢) الأنصاب: الأصنام المنصوبة التي كانت تعبد من دون الله، وتذبح عندها الذبائح ويصبون عليها الدماء..

(٣) الأزلام: جمع زلم وهو السهم، والمراد بها السهام المكتوبة التي كانوا يرمونها لمعرفة ما قسم لهم في الغيب.

(٤) رجس: أي قذر.

(٥) فاجتنبوه: فابتعدوا عنه.

(٦) سورة المائدة الآيتان ٩٠، ٩١.

ودليلهم على حجيته الكتاب والسنّة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول﴾[1] ووجه الاستدلال أن الله سبحانه وتعالى أمر المؤمنين، أي المجتهدين منهم، إن تنازعوا في أمر ـ ليس فيه حكم لله ولا لرسول الله ولا لأولي الأمر منهم ـ أن يردوه الى الله والرسول، بأي طريق من طرق الرد، والقياس رد للمتنازع فيه الى الله والرسول، لأنه الحاق فرع لا نص فيه بأصل فيه نص في الحكم لاشتراكهما في علة الحكم، فيكون القياس حجة شرعية ثبتت بالكتاب.

وأما السنة: فأحاديث كثيرة منها «أن رجلاً من خثعم جاء الى رسول الله ﷺ فقال: أبي أدركه الإسلام، وهو شيخ كبير لا يستطيع ركوب الرحل، والحج مكتوب عليه، أفأحج عنه؟ قال: أنت أكبر ولده؟ قال: نعم. قال: أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته عنه، أكان يجزىء ذلك عنه؟ قال: نعم. قال فاحجج عنه»[2].

فقد قاس ﷺ صحة أداء الابن الحج الواجب على أبيه العاجز عن الأداء بأداء ديونه، فلما صح الثاني لزم أن يصح الأول قياساً، لأن كل منهما دين، الأول دين هو حق الله، والثاني حق للعبد، ودين الله أحق بالوفاء.

وأما الإجماع: فقد ثبت بالتواتر عن جمع كثير من الصحابة العمل بالقياس عند عدم النص، والعادة قاضية بأن مثل ذلك العمل لا يكون إلا عن دليل قاطع على كون القياس حجة.

وأما المعقول: فإننا نعلم أن نصوص القرآن والسنة محدودة ومتناهية، ووقائع الناس وأقضيتهم غير محدودة ولا متناهية، فلا يمكن أن تكون النصوص

---

(١) سورة النساء آية ٥٩.

(٢) مسند الامام أحمد بن حنبل، جـ ١، ص ٢١٢، جـ ٦، ص ٤٢٩.

المتناهية وحدها هي المصدر التشريعي لما لا يتناهى، فكان لا بد من الاجتهاد والقياس.

٥ ـ المصالح المرسلة

تعريفها:

المصلحة المرسلة هي كل مصلحة لم يقم دليل شرعي معين يدل على اعتبارها أو الغائها، لكن يحصل من ربط الحكم بها جلب منفعة عامة أو دفع مضرة عامة.

مثال ذلك تطعيم الأطفال وتحصينهم ضد الأمراض الوبائية الخطيرة التي قد تهدد حياتهم، فهذا أمر لم يرد بشأنه دليل معين في الشرع يدل على اعتباره أو الغائه وتركه، لكن لو أوجبناه على جميع أولياء الأمور لترتب على ذلك دفع مضرة عامة هي خطر انتشار الأوبئة.

وكذلك الحال حينما تنشىء الدولة المصانع الانتاجية المثمرة والمفيدة فإنها تجلب منفعة عامة لأفراد شعبها، وهكذا.

حجية المصالح المرسلة:

يرى جمهور الفقهاء أن المصالح المرسلة حجة شرعية وأصل من الأصول التي يعتد بها في تشريع الأحكام إذا توفرت شروط معينة منها أن تكون المصلحة حقيقية وليست وهمية، وأن تكون عامة بحيث يستفيد منها أكبر قدر ممكن من الناس، فضلاً عن كونها مرسلة.

ودليلهم على حجيتها:

(١) أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يبنون كثيراً من الأحكام على المصالح المرسلة من غير أن ينكر أحد منهم، فكان هذا إجماعاً منهم على حجيتها، ومن الأمثلة على ذلك جمع القرآن في مصحف واحد بعد وفاة الرسول ﷺ في

زمن أبي بكر، وكذلك جمع عثمـان الناس على مصحف واحد وإحراق ما عداه من المصاحف، كما أن عمر فرض ضريبة الخراج عـلى أراضي البلاد المفتوحة بعد إبقائها في أيدي أهلها وعدم توزيعها على الغانمين.

(٢) إن مصالح الناس متجددة بتجدد الأزمان، ومختلفة باختلاف البيئات والأماكن، ولا سبيل إلى حصرها في عدد معين، فإذا لم تعتبر هذه المصالح المتجددة ولم تشرع له الأحكام المناسبة، أدى ذلك إلى ضياع كثير من مصالح الناس ولحقهم الضـرر والعنت، وأدى هذا إلى جمود الفقه وعدم مسايرته لتطورات الحياة، وهذا لا يتفق مع ما هو مقرر من خلود الشريعة وقابليتها للتطور والاستجابة لمطالب الأمم المختلفة في كل زمان ومكان.

٦ ـ العرف

تعريفه

هو ما اعتاده جمهور الناس وألفوه من قول أو فعل تكرر مرة بعد أخرى حتى تمكن من نفوسهم وصارت تتلقاه عقولهم بالقبول.

ومن هذا التعريف يتضـح لنا أنـه لا يشترط في تكـون العرف عنـد فقهاء المسلمين سوى الاعتيـاد الناشىء من تكـرار الممارسـة، وآية اعتيـاده التمكن من النفوس وتلقي العقول له بالقبول. ولا يشترط في تكونه عنـدهم تقادمـه، كما لا يشترط في اعتباره اعتقاد من تعارفوا عليه أنه ملزم وهو بهذا لا يخرج عن كونه عادة جماعية. ولذلك فإنه أخص من مطلق العادة، لأنها قد تكون عادة فردية وقد تكون عادة جماعية، فإذا فعل فرد ـ أو أفراد قلائل ـ فعلاً من الأفعـال وتكرر منـه حتى أصبح إتيانه سهلاً عليه وشق عليه تركه سمي ذلك عادة له وتسمى عادة فردية، وإذا فعله جماعة من الناس على ذلك الوجه كان ذلك عادة لهم وتسمى عادة جماعية أو عرفاً.

الفرق بين العرف والإجماع:

يفترق العرف عن الإجماع من وجهتين: من ناحية الحقيقة، ومن ناحية الحكم.

أما من ناحية الحقيقة، فإن حقيقة الإجماع تتحقق - كما عرفنا - باتفاق جميع المجتهدين خاصة، فلا عبرة بموافقة غير المجتهدين من جمهور الأمة أو بمخالفتهم، أما العرف فإنه يتحقق باعتياد جمهور الناس - كلهم أو معظمهم - سواء أكان بينهم مجتهدون أم لم يكن.

أما من ناحية الحكم، فإن الاجماع حجة مطلقة على جميع الناس المجمعين وغيرهم، في زمانهم وفي الأزمنة اللاحقة، أما العرف فإن حجيته قاصرة على من تعارفوا عليه دون من لم يتعارفوا عليه من معاصريهم أو ممن يأتون بعدهم.

أقسام العرف:

للعرف تقسيمات عدة مبنية على اعتبارات وحيثيات مختلفة:

(١) فهو من حيث ما يجري فيه ينقسم الى عرف قولي وعرف عملي:

فالعرف القولي: هو اطراد استعمال الناس للفظ أو كلام في غير معناه الذي وضع له في اللغة أو في معنى أخص من ذلك المعنى بحيث لا يتبادر الى الذهن عند الكلام سوى المعنى الذي جروا على استعماله فيه، كتعارف الناس على اطلاق لفظ الولد على الابن دون البنت مع أنه في اللغة يشملهما معاً، إذ المراد منه المولود الذي يصدق على الذكر والأنثى على حد سواء، وقد ورد القرآن الكريم باطلاقه عليهما في قوله جل شأنه: «يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين»[١] كما هو الحال في المعنى اللغوي. كذلك تعارف الناس على عدم اطلاق لفظ اللحم على السمك، مع أن اللغة لا

---

(١) سورة النساء الآية ١١.

تمنع ذلك، وقد سماه القرآن لحماً في قوله سبحانه: ﴿وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً﴾[1].

أما العرف العملي: فهو ما جرى عليه عمل الناس في حياتهم وشاع في معاملاتهم وتصرفاتهم كتعارف الناس على بيع التعاطي في كثير من السلع - وهو أن يأخذ المشتري المبيع ويأخذ البائع الثمن دون أن يعبر كل منهما عن رضاه باللفظ - وتعارفهم على تعجيل الأجرة قبل استيفاء المنفعة.

(٢) وينقسم العرف من حيث من تعارفوا عليه الى عرف عام وعرف خاص.

فالعرف العام: هو ما اعتاده أهل البلاد الإسلامية كلها خاصتهم وعامتهم في زمن من الأزمنة. ومثاله الاستصناع، فإن المسلمين في جميع البلاد قد جرى تعاملهم عليه.

أما العرف الخاص: فهو ما اعتاده أهل بلد معين أو أرباب حرفة خاصة، وذلك مثل ما كان يتعارف عليه أهل العراق من إطلاق لفظ الدابة على الفرس خاصة، ومثل عرف التجار فيما يكون عيباً ينقص به الثمن ويرد به المبيع، ومن قبيل المعاني العرفية الخاصة أيضاً المعاني الاصطلاحية التي يتواضع عليها أرباب العلوم والفنون المختلفة.

(٣) وينقسم العرف أخيراً من حيث اعتباره أو عدم اعتباره إلى عرف صحيح وعرف فاسد.

فالعرف الصحيح: هو ما لا يخالف حكماً شرعياً ثابتاً ولا قاعدة شرعية أساسية ولا مصلحة عامة للمسلمين. وهذا النوع هو الذي اعتد الفقهاء به وجعلوه أساساً لاستنباط أحكام الفروع الفقهية.

أما العرف الفاسد: فهو الذي يعطل النصوص أو يخالف القواعد الشرعية الأساسية أو يعارض المصالح العامة للمسلمين. وهذا النوع لا

---

(١) سورة النحل الآية ١٤.

يعتد به ويجب مقاومته والقضاء عليه، كتعارف المسلمين على شرب الخمر، والتعامل بالربا، وخروج النساء كاسيات عاريات، وغير ذلك من الأعراف التي انتقلت الى المجتمع الإسلامي من العالم الغربي.

حجية العرف:

يجب الاعتداد بالعرف الصحيح في بناء الأحكام والدليل على ذلك:

أ - الآيات الكثيرة والأحاديث العديدة الدالة على رفع الحرج والمشقة عن المسلمين مثل قول الله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾[1] وقول الرسول ﷺ: «بعثت بالحنفية السمحة»[2] لأن الشريعة الاسلامية قامت على أحساس التيسير ورفع الحرج والمشقة، ولا شك أن في إرغام الناس على ترك ما تعارفوا عليه كثيراً من الحرج والمشقة والعنت والضيق بالنسبة لهم، فلذلك وجب إقرارهم على ما تعارفوا عليه، طالما أنه لا يعطل نصاً أو لا يخالف قاعدة شرعية أساسية ولا يتعارض مع مصلحة عامة للمسلمين.

ب - إن النبي ﷺ لم يلغ جميع أعراف الجاهلية، بل أبقى منها ما كان صحيحاً، وذلك كالسلم والقسامة وفرض دية المقتول خطأ على العاقلة.. الخ وفي هذا دلالة على وجوب إقرار العرف إذا لم يكن منافياً للشرع.

شروط اعتبار العرف:

يشترط لاعتبار العرف الشروط الآتية:

(١) أن يكون مطرداً بين متعارفيه في المعاملة المراد بناء حكمه عليها، فلو كانوا يعملون بالعرف أحياناً ويتركونه أحياناً أخرى لم يصلح أن يكون مصدراً يبنى عليه حكم شرعي.

---

(١) سورة الحج الآية ٧٨.

(٢) مسند الامام أحمد بن حنبل، جـ ٥، ص ٢٦٦.

(٢) أن يكون عاماً بين جمهور الناس أو أهل بلد أو أهل طائفة أو حرفة ومن باب أولى بين كلهم، فلا عبرة بتعارف أفراد ولو كثر عددهم لأنه لايخرج عن كونه عادة فردية.

(٣) أن يكون مقارناً لنشوء الحادثة المراد تحكيمه فيها، فلا عبرة بالعرف القديم الذي هجر قبل أن تنشأ الحادثة ولا بالعرف الطارىء الحادث بعد نشوئها.

(٤) أن لا يعارض تصريحاً بخلافه، فلو صرح بخلافه فالعمل بما وقع التصريح به لا بالعرف، وذلك لأن العرف يعتبر مراداً ضمنياً، ولا اعتبار بالضمني في مقابلة الصريح.

(٥) أن لا يكون معطلاً لنص يتضمن حكماً ثابتاً ولا مناقضاً لقاعدة شرعية أساسية ولا متعارضاً مع مصلحة عامة للمسلمين. ومثال العرف المعطل لنص يتضمن حكماً ثابتاً تعارف بعض المسلمين على تعاطي الخمور، فإنه معطل للنص الوارد في القرآن بتحريم الخمر، وهو حكم أبدي ثابت، وعلى ذلك فإنه لا يعتد بهذا العرف ويقع باطلاً.

ومثال العرف المخالف لقاعدة شرعية أساسية تعارف أهل بلد على الانتحار عند الإصابة بمرض مزمن، فإن هذا التعارف يتعارض مع قاعدة وجوب المحافظة على النفس، وهي قاعدة شرعية أساسية، ومن ثم فإنه يكون عرفاً فاسداً يجب مقاومته والعمل على إزالته.

ومثال العرف المتعارض مع مصلحة عامة للمسلمين تعارف أهل بلد على زيادة في سنجاتهم التي توزن بها البضائع مخالفين بذلك سائر البلدان[1]. فإنه لا يجوز إقرار هذا العرف لمعارضته لمصلحة عامة للمسلمين.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار ومكتبة الهلال، بيروت ـ لبنان ١٤٠٠ هـ ـ ١٩٨٠ م، ص ١٠٣.

الفصل الثاني
القانون

(معنى القانون وخصائص القاعدة القانونية - القانون العام والقانون الخاص)

أولاً - معنى القانون وخصائص القاعدة القانونية

معنى القانون:

القانون هو مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في المجتمع، والتي يتعين عليهم الخضوع لها، ولو بالقوة، عند الاقتضاء[1].

وقد يتخصص القانون بوصف الوضعي، فيقال: القانون الوضعي، ويراد به مجموعة القواعد القانونية السائدة فعلاً في بلد معين في وقت معين. مهما كان مصدر هذه القواعد، لا فرق بين التشريع أو العرف أو غيرهما من مصادر القانون.

وعلى ذلك فقد تكون أحكام القانون الوضعي مأخوذة من الشريعة الإسلامية، فيكون جزءاً منها، وقد لا تؤخذ منها وإنما من مصادر أخرى، فلا يكون جزءاً منها.

ومن هنا إذا ما أردنا أن نعرف القانون الوضعي السعودي في الوقت الحاضر فإننا نستطيع أن نقول هو عبارة عن مجموعة القواعد السائدة فعلاً في المملكة العربية السعودية في هذا الوقت المتعلقة بتنظيم السلوك الاجتماعي المقترنة بالجزاء،

---

(١) د. توفيق حسن فرج في المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية ١٩٨١ م، ص ١٠.

والتي تضمن الحكومة السعودية تطبيقها بالقوة عند الحاجة، سواء أكان مصدرها الشريعة الإسلامية أم الأنظمة التي أصدرتها الدولة أو العرف[1].

خصائص القاعدة القانونية :

نستمد خصائص القاعدة القانونية التي تميزها عن غيرها من القواعد الأخرى من تعريف القانون السابق، وهذه الخصائص هي :

أ ـ أنها قاعدة عامة ومجردة.

ب ـ أنها قاعدة تحكم سلوك الأفراد في المجتمع.

جـ ـ أنها قاعدة ملزمة. ونبينها فيما يلي :

أ ـ القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة

تكتسب القاعدة القانونية صفة العموم من كونها قاعدة لأن كل قاعدة لا بد أن تكون عامة. ويقصد بعمومها أن تنطبق على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الصفات المحددة بها، وعلى كل الوقائع التي تتوفر فيها الشروط الواردة بها، فلا توجه الى شخص معين بذاته، ولا الى واقعة معينة بذاتها، وإلا فقدت عموميتها.

وعلى ذلك إذا تعلق الأمر بشخص بذاته، أو بواقعة بعينها، فإننا لا نكون بصدد قاعدة قانونية، وإنما يكون الأمر حينئذ أمراً فردياً أو قراراً إدارياً، يقتصر تطبيقه على من صدر من أجله، وينتهي مفعوله بمجرد تنفيذه، بخلاف القاعدة القانونية التي يتكرر تطبيقها على كل شخص أو على كل واقعة توفرت فيه أو فيها شروط تطبيقها.

فالقاعدة القانونية عامة بالنسبة لأشخاص المخاطبين بأحكامها، فهي تتوجه الى فئة من الأفراد غير متناهية في عددها، معينة بأوصافها لا بذواتها، فاللائحة (١) من اللوائح التنفيذية للمادة ٢٨ من نظام الخدمة المدنية السعودي[2] تنص

---

(١) انظر في هذا المعنى د. عبد العزيز العلي النعيم في أصول الأحكام الشرعية ومبادىء علم الأنظمة، دار الاتحاد العربي للطباعة، الطبعة الأولى القاهرة ١٩٧٧ م، ص ٧. ود. نعمان محمد خليل جمعة في دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٧٧ م، ص ١٤.

(٢) وقد صدرت هذه اللوائح بالمرسوم الملكي رقم م/٤٩ وتاريخ ١٠/٧/١٣٩٧ هـ.

على: «يستحق الموظف إجازة عادية قدرها ثلاثون يوماً عن كل سنة من سنوات الخدمة براتب كامل يصرف مقدماً حسب آخر راتب تقاضاه الموظف»، هذه المادة تضع قاعدة عامة تنطبق على كل موظف توفرت فيه الشروط الواردة فيها، ويتكرر تطبيقها بقدر عدد الموظفين الذين أمضوا سنة أو أكثر في خدمة الدولة وطلبوا الأجازة. ولما كان الموظف الذي يستحق الأجازة لا يأخذها من تلقاء نفسه، بل لا بد من صدور قرار إداري بذلك، فإن هذا القرار القاضي بمنح موظف ما أجازته قرار فردي لا ينطبق على غير هذا الموظف، وإنما يلزم صدور قرار لكل موظف على حدة، لأن القرار الفردي ينتهي مفعوله حين صدوره، ولا يتكرر تطبيقه في الحالات المماثلة بعكس القاعدة القانونية التي يتكرر تطبيقها على الأشخاص كلما توفرت فيهم شروطها.

كما أن القاعدة القانونية عامة أيضاً بالنسبة للواقعة موضوع خطابها، فلا يقتصر تطبيقها على واقعة بذاتها، بل تنطبق على طائفة غير متناهية من الوقائع المتماثلة، أو ينصرف حكمها إلى كل واقعة تتوفر فيها الشروط أو الأوصاف الواردة فيها، فمثلا المادة ١٥ من نظام الشركات السعودي الصادر عام ١٣٨٥ هـ تنص على انقضاء الشركة بأحد الأسباب الآتية: «إنقضاء المدة المحددة للشركة، أو اندماج الشركة في شركة أخرى، أو انتقال جميع الحصص أو جميع الأسهم الى شريك واحد» فهذه المادة تضع قاعدة تنطبق على كل شركة تمر بمثل هذه الظروف ويتكرر تطبيقها كلما تكررت هذه الظروف على شركات أخرى[1].

وعموم القاعدة ليس معناه وجوب انصرافها الى كل الموجودين على اقليم الدولة أو على سائر الأعمال التي تصدر منهم، فبعض القواعد القانونية عامة بهذا المعنى كنصوص القانون المدني، ولكن الكثير منها قاصر على طائفة أو فئة معينة كنصوص القانون التجاري، فهي قاصرة على طائفة التجار، وقانون العمل فهو قاصر على فريق العمال وهكذا. . ولا يقدح هذا القصور في صفة العموم، بل قد يكون للقاعدة القانونية صفة العموم لو اقتصر تطبيقها على قلة من الأفراد أو على فرد واحد كالقواعد التي تحدد اختصاصات الوزراء، أو التي تنظم سلطة رئيس

---

(١) د. عبد العزيز النعيم، السابق، ص ١٧، ١٨.

الدولة، فالعبرة إذن في توفر صفة العموم للقاعدة أن تحدد الذي يتوجه اليه خطابها بصفته لا بشخصه، بحيث يمكن انطباقها على كل من تتوفر فيه تلك الصفة، ولا أهمية بعد ذلك لعدد المكلفين بحكمها.

ولا ينفي صفة العمومية عن القاعدة القانونية كونها صدرت لتطبق في زمان معين كمدة قيام الحرب مثلاً، أو في مكان معين كالقاعدة الخاصة بمرتبات موظفي الحدود والأماكن النائية دون غيرهما، لأنها تطبق على كل من وجد في هذا المكان أو ذلك الزمان دون تفرقة بين شخص وآخر[1].

وليس عموم القاعدة القانونية في تطبيقها إلا نتيجة لتجريدها عند نشوئها، فما المقصود إذن بتجريد القاعدة القانونية؟

يقصد بتجريد القاعدة القانونية أنها تنشىء منذ وجودها مركزاً أو وضعاً لا يتعلق بشخص معين أو بواقعة معينة، ولذلك ينطبق حكمها على كل شخص أو واقعة تتوفر فيه أو فيها شروطها دون مراعاة لظروف الشخص أو ظروف الواقعة الخاصة[2]. فمثلاً المادة ٨٢ من نظام المناقصات السعودي الصادر عام ١٣٨٦هـ تنص على أنه: «إذا ثبت على المتعهد أو المقاول أنه قدم بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر رشوة لأحد موظفي أو مستخدمي الحكومة ممن لهم علاقة بالعمل موضوع العقد أو شرع في ذلك، يلغى عقده في الحال، ويصادر التأمين بالكامل، فضلاً عن شطب اسمه من بين المتعهدين أو المقاولين واتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاكمته، فهذه المادة تنشىء وضعاً جديداً تمنع فيه رشوة الموظفين أو الشروع فيها، ومن يفعل ذلك يعرض نفسه للجزاء الوارد في هذه المادة التي وضعت حكماً مجرداً لا يتعلق بشخص معين، ولا بواقعة معينة بل ينطبق على كل من ارتكب هذا العمل.

وإذا كان الغرض من القانون هو إقامة النظام وتوفير الاستقرار في المجتمع، فإن التجريد هو أداة السلطة المنظمة في تحقيق هذا الغرض ولا يتأتى إقامة النظام وتوفر الاستقرار إلا بوضع قواعد عامة تنصرف الى فئة من الأفراد متماثلة في ظروفها، أو تنطبق على طائفة من العلاقات المتساوية، ولما كان تساوي الأفراد أو

---

(١) انظر في هذا المعنى د. اسماعيل عبد الغني، دروس في المدخل للعلوم القانونية طبعة سنة ١٩٧٩ م القاهرة، ص ١٤، ١٥.

(٢) د. عبد العزيز النعيم، ص ١٩.

العلاقات تماماً في كل الظروف نادر الحدوث، فإن واضعي النظام يكتفون بإنشاء مراكز مجردة آخذين بعين الاعتبار الوضع الغالب في الحياة العملية، مغفلين ما قد يلابسه من ظروف خاصة ذات أهمية ثانوية، وذلك لاستحالة الجمع في القاعدة القانونية بين صفة العموم والاعتداد بالظروف الذاتية التي تحيط فعلاً بالأوضاع في الحياة العملية، فمثلاً المادة ٢/٤٤ من القانون المدني المصري، التي حددت سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية، أقيمت على الوضع الغالب في الحياة في مصر، لأن معظم الأفراد يتوفر لهم من النضوج العقلي والخبرة الاجتماعية ما يجعلهم أهلاً للتعامل، قادرين على التصرف في أموالهم عند بلوغهم هذه السن، إنما لا تنفي هذه الحقيقة أن قلة منهم قد يتوفر لهم ذلك النضوج وتلك الخبرة قبل بلوغها، وأن قلة أخرى قد لا يتوفر لها بعد بلوغها، فلو أراد المقنن أن يكون الحكم مطابقاً لكل وقائع الحياة المحسوسة، وظروفها الفعلية، لما حدد لبلوغ الرشد سناً معينة، بل جعل مناطه توفر النضوج العقلي والخبرة الاجتماعية لكل فرد، وترك للقاضي سلطة تقدير توفرهما في كل حالة بعينها، ولكن عدم التحديد يقضي على الثقة والاستقرار اللازمين للمعاملات بين الناس، فلجأ المقنن الى وضع قاعدة مجردة تحدد سن الرشد بصفة عامة لجميع الأفراد حتى تتحقق الثقة والاستقرار في الحياة الاجتماعية، مضحياً في سبيل هذا الهدف بمبدأ المساواة في بعض الحالات الفردية.

كذلك فعل نظام الخدمة المدنية السعودي الصادرة لوائحه التنفيذية بالمرسوم الملكي رقم م(٤٩) وتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠هـ حيث جاء في المادة ٤/ب أنه يشترط فيمن يعين في إحدى الوظائف أن يكون: «مكملاً سبعة عشر عاماً من العمر». فقد جعل هذا النظام بلوغ السابعة عشرة دليلاً على النضوج العقلي. وأن الشخص أهل لتحمل مسؤولية الوظيفة، مع أنه قد ينضج الشخص وهو دون السابعة عشرة، وقد لا يتوفر له النضج حتى ولو تجاوزها.

وهنا امتازت أحكام الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية بجعلها مناط التكليف حصول النضج العقلي، فلا يطالب بالأحكام الشرعية إلا من كان بالغاً عاقلاً، ويستدل على البلوغ بعلامات جسمانية محسوسة كالاحتلام والانبات وغيرهما.

ويترتب على عموم القاعدة القانونية وتجريدها تحقيق العدل لا العدالة بين المخاطبين بأحكامها، فالقانون يهدف الى إقامة النظام والاستقرار في المجتمع عن طريق تحقيق التوازن بين مختلف المصالح المتضاربة لأفراد هذا المجتمع، ومما لا يعين على تحقيق ذلك إقامة مساواة بين الأفراد يعتد فيها بالظروف الخاصة بكل منهم، ومن ثم جاء انصراف القانون في المبدأ عن تحقيق مثل هذه المساواة، أي عن تحقيق العدالة، اكتفاء بتحقيق العدل عن طريق إقامة مساواة عامة يعتد فيها بالوضع الغالب في الحياة الاجتماعية، بصرف النظر عن ما قد يشذ عن ذلك من حالات خاصة[1].

ب ـ القاعدة القانونية قاعدة تحكم سلوك الأفراد في المجتمع :

لا يتصور وجود القانون إلا حيث يوجد مجتمع تقوم مختلف العلائق بين أفراده، إذ أن غاية القانون تنظيم الروابط الاجتماعية بين الأفراد في المجتمع، مما يكفل توفير الأمن والأمان في الجماعة، فيطمئن الفرد على أن شخصه، وأمواله، وجميع حقوقه، بمنأى عن الاعتداء عليها، أو على الأقل إذا وقع اعتداء يكون له تعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة لهذا الاعتداء.

ولا يقصد بالمجتمع في هذا المقام مجرد تجمع أفراد من الناس في مكان ما، بل إن المجتمع الذي نقصده هنا هو المجتمع المنظم الذي توجد فيه سلطة يكون لها السيادة على أفراده، ويكون لها إجبارها على طاعة أحكام القانون، والدولة هي الصورة الواضحة اليوم لمثل هذا المجتمع، وإن كان هذا لا يعني أن الدولة هي الصورة الوحيدة للمجتمع الذي يوجد فيه القانون، فقد يوجد القانون كذلك في مجتمع لا تتوفر له مقومات الدولة، طالما كانت هناك سلطة تملك إجبار الأفراد على طاعة القانون واحترامه، ولهذا كان القانون أسبق في الوجود تاريخياً من وجود الدولة، فقد وجدت المجتمعات البدائية كالأسرة والعشيرة والقبيلة ثم الاقطاعية في العصور الوسطى، وانتهى الأمر في العصر الحاضر الى أن كاد المجتمع السياسي ينحصر في الدولة[2].

---

(١) المرجع السابق، ص ٢١.

(٢) وقد لا تكون هذه المرحلة هي نهاية مراحل التطور، اذ يبقى أن يكون العالم كله مجتمعاً واحداً، =

ولكي يتدخل القانون لتنظيم الروابط الاجتماعية بين الأفراد في المجتمع لا بد أن يكون هناك سلوك ظاهر للأفراد، خارجي مادي ملموس، إذ أن القانون لا يهتم بالإحساسات أو المشاعر أو النوايا، طالما أنها لم تظهر الى العالم الخارجي، فقد يضمر الشخص الحقد للآخرين بل وقد يعزم على قتل غيره، ومع ذلك فإن القانون لا يتدخل طالما بقيت هذه الأمور في عالم النية والضمير، ولكن إذا اتخذت مظهراً مادياً خارجياً، ظهر في شكل تعد على الغير بالضرب أو القتل، فإن القانون يتدخل حينئذ.

ولكن ليس معنى ذلك أن القانون يستبعد عامل النية بصورة مطلقة، فقد يدخل نوايا الأفراد ودوافعهم في الاعتبار، ولكنه لا يهتم بهذه العوامل الداخلية في ذاتها، بل إنه يهتم بها فقط في حدود صلتها بالسلوك الخارجي للأفراد، من ذلك مثلاً حالة القتل، فمجرد عزم شخص على قتل آخر لا شأن للقانون به، ولكن إذا صحب هذا العزم سلوك خارجي بأن قتله فعلا، فإن القانون يتدخل ويبحث في نية القتل ليرى ما إذا كان القتل خطأ عن غير قصد، أم أنه كان عمداً دون سبق إصرار، أو صحبه سبق إصرار وترصد، وفي كل تختلف العقوبة خفة وشدة.

وفي نطاق السلوك الخارجي تمتد القاعدة الى الأنواع المختلفة للعلائق الاجتماعية، فتنظم علائق الأفراد بعضهم بالبعض الآخر، وعلائق الأفراد بالدولة، وعلائق مختلف السلطات فيما بينها داخل الدولة، وعلائق الدول بعضها بالبعض الآخر. ولكنها لا تمتد لتنظيم علائق الإنسان بربه، أو واجبه نحو نفسه، فهذا ما يختص الدين بتنظيمه.

حـ ـ القاعدة القانونية ملزمة:

يقصد بكون القاعدة القانونية ملزمة أنه يجب على الأفراد اتباعها والخضوع ولو بالقوة عند الضرورة، وذلك عن طريق توقيع جزاء على من يخالفها، تقوم سلطة عليا في الجماعة بما يتوفر لها من قوة مادية لا يستطيع الأفراد مقاومتها.

بقيام سلطة فوق الدول تستطيع، بما يخولها من سلطان، أن تحمل الدولة على الامتثال واطاعة القانون (انظر د. توفيق حسن فرج في المرجع السابق، ص ١٧).

وتعد هذه الخاصية من أبرز الخصائص التي تميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى، نظراً لما فيها من جزاء توقعه السلطة جبراً على كل من يخالفها، لذلك فالجزاء ضروري في القاعدة القانونية، وإلا فقدت القاعدة القانونية صفتها، ولم تصبح قاعدة قانونية، ولو كان الأفراد يتبعونها اختياراً.

وترجع ضرورة الجزاء في القاعدة القانونية إلى أن القاعدة القانونية تهدف الى إقامة النظام وتوفر الاستقرار وتحقيق المساواة بين أفراد المجتمع. فلو لم يكن للقاعدة القانونية جزاء يوقع على من يخالفها، وترك لكل فرد مشيئة اتباع حكمها أو عدم اتباعه بحرية واختيار، لاختلت المساواة بين الأفراد، وتعذر تحقيق النظام والاستقرار في المجتمع، وهذا ما يتنافى وهدف القاعدة القانونية، ومن هنا أنشىء الجزاء ليمنع الفرد من مخالفة القاعدة القانونية، ويرده الى طاعتها رغماً عنه، وبالتالي تتحقق المساواة بين الأفراد ويتوفر النظام والاستقرار في المجتمع.

ويتميز جزاء القاعدة القانونية بأنه جزاء زاجر، دنيوي، منظم، فهو زاجر لأن فكرة الثواب لا تندرج تحته وإنما يقتصر على الزجر والارداع، وهو دنيوي بمعنى أنه يوقع على الأفراد في الحياة الدنيا، وهو منظم لأن الدولة هي التي تتولى توقيعه بما اجتمع لديها من قوى لا تناهضها قوى الأفراد. وعلى ذلك فلا يجوز للأفراد أن ينتقموا بأنفسهم ممن خالف القاعدة القانونية، وإنما يتعين عليهم الالتجاء الى السلطة العامة التي تمثل الدولة، وهي تتولى توقيع الجزاء على من يخالف أحكامها.

وهنا نجد فارقاً هاماً بين الحكم الشرعي وبين القاعدة القانونية غير المستمدة من الشرع الإسلامي من ناحية الجزاء، فليس لمن يطيع القاعدة القانونية إلا نجاته من الجزاء الذي يوقع على من يخالفها في الدنيا، بينما يستحق الشخص الذي يطيع حكماً شرعياً ثواباً من الله في الآخرة فضلاً عن نجاته من جزاء مخالفته في الدنيا. كما أن الشخص الذي يخالف قاعدة قانونية يتعرض لجزاء دنيوي توقعه السلطة العامة بينما الذي يخالف حكماً شرعياً يتعرض لنفس هذا الجزاء مضافاً إليه عقاب الله في الآخرة، وهذا بلا شك أدعى لاتباع أحكام النظام المستمد من الشريعة الإسلامية.

وإذا كان الجزاء عنصراً جوهريا في القاعدة القانونية، فليس معنى ذلك أن

الأفراد يحترمون القانون خوفاً من توقيع الجزاء عليهم بل كثيراً ما تكون طاعة الأفراد للقاعدة القانونية بوحي من ضمائرهم ولاعتبارهم القانون ضرورة اجتماعية واعتقادهم بلزومه لحماية النظام في الجماعة وتوفير الخير لها، وكلما ارتقت الأمة ازداد حرص أفرادها على طاعة القانون من تلقاء أنفسهم لا خوفاً من أخذهم بجزائه، ولا يعطى القانون الثمرة المرجوة منه إلا إذا أطاعه الناس عن اقتناع بلزومه وصار عندهم من الوعي ما يكفي لطاعة القانون وعدم التهرب من أحكامه، فكثير من الممولين يتهربون من دفع الضرائب مخالفين بذلك قانون الضرائب، وقد يقعون تحت طائلته إذا اكتشف أمرهم، ولكنهم قد يفلتون من العقاب إذا لم يكتشف تهربهم، وكذلك كثير من السائقين يخالفون قواعد المرور، ولا يعاقب إلا من اكتشف أمره أو وقع منه حادث، ولكن إذا ارتقى المجتمع الى درجة تمكنه من الاقتناع بالنظام أطاعه وعاش الجميع في أمن وسلام.

ولا يتخذ الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية صورة واحدة، بل إنه يختلف من قاعدة الى أخرى، فتتعدد صوره بالنظر الى طبيعته وقوته.

فمن ناحية طبيعته نراه يختلف بحسب مضمون القاعدة وما تأمر به، إذ هناك جزاء جنائي، وجزاء مدني، وجزاء إداري... وهكذا، ويتمثل الجزاء الجنائي في عقوبة توقع على من يخالف القاعدة القانونية الجنائية، وهذه العقوبة قد تكون مالية (الغرامة أو المصادرة)، وقد تكون بدنية (الحبس والسجن والأشغال الشاقة والاعدام)، أما الجزاء المدني وهو الذي يوقع على من يخالف قواعد القانون المدني، فإنه يتخذ صوراً مختلفة، فقد يكون الجزاء إجبار المدين على التنفيذ سواء أكان تنفيذ عين ما التزم به وهو ما يسمى بالتنفيذ العيني كنقل ملكية العقار المبيع رغماً عن البائع أم تنفيذ بمقابل إذا تعذر تنفيذ عين ما التزم به وهو ما يسمى بالتنفيذ بطريق التعويض كالحكم على المستعير بالتعويض إذا أتلف العين المعارة، وقد يكون الجزاء المدني في صورة أخرى كما في حالة مخالفة القواعد التي تبين شروط العقد، إذ الجزاء في هذه الحالة هو اعتبار العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال بحسب الأحوال.. الخ. أما الجزاء الإداري فهو الذي يترتب على مخالفة قواعد القانون الإداري، وهو بدوره يختلف كذلك بحسب القواعد التي تحصل مخالفتها، فقد يكون الجزاء عبارة عن لفت نظر للموظف المخالف (وإن كان هذا ليس عقوبة

تأديبية في الواقع)، وقد يكون الانذار، أو الخصم، أو التنزيل من الدرجة أو التنزيل في الوظيفة، أو الفصل، وقد يصطحب الفصل بالحرمان من المكافأة أو المعاش، هذا هو التدرج بالنسبة للجزاءات في نطاق الوظائف. وقد يتمثل الجزاء في الغاء القرار الإداري المخالف للقانون إذا صدر هذا القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص أو بعيب الشكل أو السبب أو المحل، أو مشوباً بإساءة استعمال السلطة أو الانحراف، وهكذا بالنسبة لبقية القوانين المختلفة.

أما اختلاف الجزاء من ناحية قوته، فلأن القواعد القانونية تختلف من حيث أهميتها وصلتها بكيان المجتمع، فالقاعدة التي تحرم القتل مثلاً تعتبر أكثر خطورة من القاعدة التي تحرم السير بالسيارة على يسار الطريق، ولهذا اختلف الجزاء في الحالتين، إذ قد يكون الإعدام في الحالة الأولى، بينما هو في الحالة الثانية لا يتعدى الغرامة، وفي نطاق القانون الإداري رأينا حالاً أن الجزاء في حالة المخالفة التي تقع من الموظفين تتدرج بحسب جسامة الفعل الذي يقع من الموظف، فتبدأ بمجرد لفت نظر وتنتهي بالفصل، وقد يصطحب بحرمان من المكافأة أو المعاش. . . وهلم جرا.

ثانيا: القانون العام والقانون الخاص

أساس التقسيم

تقسم القواعد القانونية إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص. وأساس هذا التقسيم هو وجود الدولة (أو أحد فروعها) باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة، أي باعتبارها سلطة عامة، أو عدم وجودها بهذه الصفة كطرف في العلائق القانونية التي تحكمها تلك القواعد، فإذا كانت الدولة باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة طرفاً في العلاقة التي ينظمها القانون سميت القواعد القانونية في هذه الحالة بقواعد القانون العام، وإذا لم توجد الدولة بصفتها صاحبة السلطة والسيادة كطرف في العلاقة التي ينظمها القانون سميت القواعد القانونية في هذه

الحالة بقواعد القانون الخاص[1].

أ ـ فروع القانون العام

القانون العام هو القانون الذي يحكم العلائق التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة. والدولة حين تدخل في علائق قانونية على هذا النحو قد تدخل فيها مع دولة أخرى، وفي هذه الحالة يسمى القانون العام بالقانون العام الخارجي أو القانون الدولي العام. وقد تظل داخل اقليمها فتدخل في علائق مع رعاياها. وفي هذه الحالة يسمى القانون العام بالقانون العام الداخلي، وهذا القانون الأخير يتفرع بدوره الى فروع متعددة فهو يشمل القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والقانون الجنائي. ونوجز فيما يلي القول عن القانون العام الخارجي أو القانون الدولي العام، ثم القانون العام الداخلي بفروعه المختلفة.

أ ـ القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام)

تعريفه وخصائصه:

القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد التي تنظم علائق الدول بعضها بالبعض الآخر، فتحدد حقوق كل منها وواجباتها، في وقتي السلم والحرب.

ويتميز بالخصائص الآتية:

(١) أن قواعده دولية بالمعنى الدقيق، فهم يحكم العلائق بين الدول ولا تطبق أحكامه على الأفراد.

(٢) أن قواعده ليست صادرة من سلطة تشريعية عليا، وإنما هي عبارة عن قواعد عرفية درجت عليها الدول في علاقاتها مع بعضها أو قواعد نشأت عن اتفاقات ومعاهدات دولية وتلتزم بها الدول بناء على رضائها وتعهدها.

---

(١) راجع تفصيل ذلك د. عبد المنعم البدراوي في مبادىء القانون، مكتبة سيد عبد الله وهبة سنة ١٩٧٠/٦٩ م القاهرة، ص ٥٥ وما بعدها.

(٣) لا يتضمن وجود سلطة عليا فوق الدول تتولى تنفيذ قواعده وتوقيع الجزاء على الدولة التي لا تحترم هذه القواعد.

موضوعات القانون الدولي العام:

ينقسم القانون الدولي العام الى شطرين: الأول ينظم العلاقات الدولية في وقت السلم، والثاني ينظم العلاقات الدولية في حالة الحرب.

ويتضمن القسم الأول القواعد التي تبين أشخاص المجتمع الدولي وهي الدول، فتبين الشروط اللازم توفرها لقيام الدولة وحقوق الدولة وواجباتها، كما يبين كذلك طرق تمثيل الدولة لدى الدول الأخرى تمثيلاً سياسياً وقنصلياً، وأحكام المعاهدات التي تبرم بين الدول، وطرق فض المنازعات بينها بالطرق السلمية كالمفاوضات والتحكيم والقضاء الدولي.

أما القسم الثاني فيبين متى تبدأ الحرب وكيف تقف وكيف تنتهي والأسلحة التي يجوز استخدامها والتي لا يجوز، ويبين أيضاً كيفية معاملة الأسرى والجرحى والمعتقلين من المدنيين، كما يبين حقوق الدول المحايدة وواجباتها تجاه الدول المتحاربة.

هذا، وقد اتسع نطاق القانون الدولي فأصبح يشمل كذلك القواعد التي تحدد مراكز المنظمات الدولية وعلائقها ببعضها وعلائقها بالدول المختلفة.

ب ـ القانون العام الداخلي

القانون العام الداخلي عبارة عن مجموعة القواعد التي تنظم علائق الدولة بصفتها صاحبة السلطان والسيادة بالأفراد.

ويتفرع ـ كما رأينا ـ الى:

١ـ القانون الدستوري.
٢ـ القانون الإداري.
٣ـ القانون المالي.
٤ـ القانون الجنائي.

(١) القانون الدستوري

تعريفه:

القانون الدستوري هو مجموعة القواعد التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها، والسلطات العامة في الدولة واختصاص كل سلطة منها والهيئات التي تتولى هذه السلطات وعلاقة هذه السلطات بعضها بالبعض الآخر، وحقوق الأفراد وواجباتهم تجاه الدولة وسلطاتها.

والقانون الدستوري هو أساس كل تنظيم في الدولة، فهو أسمى القوانين، ولهذا فإنه يطلق عليه القانون الأساسي، لأنه يضع الأسس التي تقوم عليها الدولة، ونتيجة لذلك فإنه لا يجوز أن يصدر قانون آخر داخل الدولة يتعارض مع أحكامه أو يخالفها، لأن القوانين الأخرى أقل منه في المرتبة.

موضوعات القانون الدستوري:

من التعريف السابق للقانون الدستوري يمكن أن نتبين الموضوعات التي يتضمنها وهي:

أ - يبين شكل الدولة، جمهورية أو ملكية، بسيطة أو موحدة كالمملكة العربية السعودية أو مركبة أو متحدة كالولايات المتحدة الأمريكية، وكذلك يبين نظام الحكم في الدولة، ديمقراطية أم ديكتاتورية، نيابية أم غير نيابية.

ب - يبين السلطات العامة في الدولة، وهي في الدول الحديثة ثلاث: السلطة التشريعية[١] وهي التي تسن القوانين[٢]، والسلطة التنفيذية وهي التي تنفذ القوانين وتدير المرافق العامة وتحافظ على النظام العام، والسلطة القضائية ومهمتها الفصل بين الناس طبقاً لما يقضي به القانون.

كذلك يبين الهيئات التي تباشر هذه السلطات، والهيئة التي تباشر

---

(١) وهي تسمى في المملكة العربية السعودية «السلطة التنظيمية» بدلاً من «السلطة التشريعية».

(٢) اصطلحت المملكة العربية السعودية على تسمية تشريعاتها «قوانينها» «بالأنظمة».

السلطة التشريعية هي المجالس التشريعية[1]، والسلطة التنفيذية يتولاها رئيس الدولة ويعاونه نوابه والوزراء ، والسلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها بدرجاتها المختلفة .

ويبين أيضاً علاقة هذه السلطات بعضها بالبعض الآخر .

جـ - يبين حقوق الأفراد في الدولة وينص على حمايتها، وهذه الحقوق تتركز في الحرية والمساواة، كما يبين واجبات الأفراد تجاه الدولة كواجب أداء الخدمة العسكرية، والضرائب، وتولي الوظائف العامة. . وهكذا.

(٢) القانون الإداري

تعريفه :

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم النشاط الإداري للدولة، فهو يبين كيفية أداء السلطة التنفيذية لوظيفتها ويحكم مرافقها العامة[2].

والمرافق العامة مشروعات تنشئها الدولة وتنظمها لتقدم للأفراد خدمات لا يستطيعون القيام بها عادة، مثل مرفق التعليم، ومرفق الصحة، والمواصلات، والأمن والخدمات البلدية، وما الى ذلك.

موضوعات القانون الإداري[3] :

يتناول القانون الإداري الموضوعات التالية :

(١) تنظيم المرافق العامة التي تنشئها الدولة، وبيان الطرق التي تدار بها هذه المرافق :

---

(١) وهي في المملكة العربية السعودية مجلس الوزراء، حيث يقوم باصدار الأنظمة التي تحتاج اليها البلاد، وذلك في إطار أحكام الشريعة الإسلامية، وتحت سلطانها والنظام الأساسي الذي تسير عليه المملكة هو نظام مجلس الوزراء الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٨ في ١٣٧٧/١٠/٢٢ هـ.

(٢) وهذا القانون شديد الصلة بالقانون الدستوري، فإذا كان القانون الدستوري يحدد تكوين السلطة التنفيذية واختصاصاتها، فإن هذا القانون يحدد كيفية ممارسة السلطة التنفيذية لاختصاصاتها.

(٣) راجع تفصيل هذه الموضوعات في أصول الأحكام الشرعية ومبادىء علم الأنظمة، د. عبد العزيز النعيم، ص ١٨٧ ومابعدها.

أ ـ فقد تقوم الدولة بإدارة المرفق العام بنفسها بطريقة مباشرة، وهذا ما تفعله الوزارات والادارات المختلفة (المصالح الحكومية).

ب ـ وقد تسند الدولة إدارة المرفق العام الى جهاز إداري يتمتع بقدر من الاستقلال المالي وبالشخصية الاعتبارية (المعنوية) لما لهذا المرفق من صفات وأغراض تبرر عدم ربطه مباشرة بالجهاز الاداري للدولة الذي يخضع لاجراءات مطولة، ويطلق على هذا النوع من الأجهزة الإدارية وصف (المؤسسات العامة)، مثل مؤسسة النقد العربي السعودي، والجامعات، والخطوط الجوية، وغير ذلك من المؤسسات العامة.

جـ ـ وقد ترى الدولة أن من المصلحة ترك استغلال المرفق العام وإدارته الى جهة خاصة غير حكومية، أو بالاشتراك مع هذه الجهة الخاصة، وذلك لما يحتاجه استغلال هذا المرفق العام وإدارته من خبرات فنية، أو رؤوس أموال ضخمة، أو لما يتسم به من طابع تجاري. فتقوم الدولة عندئذ بمنح عقود امتياز تحدد فيه شروط استغلال وإدارة هذا المرفق العام، والتزامات صاحب الامتياز وحقوقه، مثل الامتيازات الممنوحة لشركات الكهرباء، وشركات الأسمنت، وشركات البترول في المملكة العربية السعودية.

(٢) تنظيم إدارة المرافق العامة على المستوى الاقليمي:

تتنازع إدارة المرافق العامة على المستوى الاقليمي طريقتان: المركزية، واللامركزية.

أ ـ طريقة المركزية: ترمي الى تركيز إدارة المرفق العام في جهاز مركزي مقره عاصمة الدولة، ترتبط به فروع تقوم بإدارة المرفق في مختلف جهات الاقليم، وترجع اليه في جميع شؤونها. وهناك مرافق عامة لا بد من اتباع هذه الطريقة في إدارتها لأهميتها الخاصة مثل مرفق الدفاع ومرفق الأمن العام ومرفق التمثيل السياسي.

ب ـ طريقة اللامركزية: تقضي بأن تمنح الادارات المحلية الاقليمية قدراً من الاستقلال الذاتي في تسيير وإدارة المرافق العامة داخل كل جزء من أجزاء الاقليم، ويعني هذا الاستقلال النسبي رجوع هذه السلطات الاقليمية

المحلية للإدارة المركزية في العاصمة في المسائل الهامة فقط، ومن أمثلة المرافق العامة التي تتبع فيها هذه الطريقة مرفق التعليم.

(٣) تنظيم المركز القانوني للموظف العام من حيث اختياره وتعيينه، وتحديد مسؤوليته الادارية، وترقيته، ومحاكمته، وانتهاء خدمته بالاستقالة أو العزل ثم حقوقه التقاعدية عندما يحال الى المعاش.

(٤) تنظيم أملاك الدولة وكيفية ادارتها واستغلالها، ومن الأنظمة التي أصدرتها المملكة العربية السعودية بهذا الشأن، تعليمات إيجار عقارات الدولة الصادرة عام ١٣٦٠هـ، ونظام الأراضي البور الصادر عام ١٣٨٨هـ.

(٥) تنظيم القضاء الاداري، الذي يفصل في أي نزاع ينشأ بين الدولة أو إحدى إداراتها العامة والأفراد العاديين. وهذا النوع من القضاء الخاص يعرف في الفقه الاسلامي «بقضاء المظالم»، ويسمى في المملكة العربية السعودية «بديوان المظالم».

(٣) القانون المالي:

التعريف به:

القانون المالي هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم موارد ونفقات الدولة، حيث ينظم ميزانية الدولة من ناحية تحضيرها واعتمادها وتنفيذها، كما ينظم ايرادات الدولة كالضرائب بجميع أنواعها، وكيفية فرضها، وجبايتها، والرسوم، والقروض العامة، وعائدات الدولة من بيع أو استغلال أو استثمار ممتلكاتها وثرواتها الطبيعية، وكذلك ينظم كيفية الصرف والرقابة على المصروفات، ثم إعداد الحسابات الختامية.

وقد كان القانون المالي داخلاً في نطاق القانون الإداري حتى عهد قريب باعتباره فرعاً من فروعه ينظم النشاط المالي للإدارة باعتبارها سلطة عامة، ولكنه استقل عنه وأصبح فرعاً قائماً بذاته.

وقد عالج نظام مجلس الوزراء في المملكة العربية السعودية في باب مستقل بعنوان «الشؤون المالية» كل موضوعات القانون المالي، ووضع الأسس التي يجب

أن تبنى عليها في المواد من ٢٨ الى ٤٣ من هذا النظام، وأهم هذه الأسس أن مجلس الوزراء هو المرجع في الشؤون المالية[١].

(٤) القانون الجنائي:

تعريفه:

القانون الجنائي هو مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم وتبين العقوبات المقررة لكل منها، وكذلك الاجراءات التي تتبع في تعقب المتهم ومحاكمته وتوقيع العقاب عليه.

فرعا القانون الجنائي:

يتبين من تعريف القانون الجنائي أنه يشتمل على طائفتين من القواعد: قواعد موضوعية وهي التي تبين الجرائم وتحدد العقوبة لكل منها، وقواعد شكلية وهي التي تبين الاجراءات الواجبة الاتباع منذ وقوع الجريمة الى حين الوصول الى الجاني وتوقيع العقاب عليه. ولهذا فإن القانون الجنائي ينقسم الى فرعين، قانون العقوبات، وهو يتضمن القواعد الموضوعية، وقانون الاجراءات الجنائية، وهو يتضمن القواعد الشكلية.

١ـ قانون العقوبات:

وهو ـ كما قدمنا ـ مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم والعقوبات وينقسم الى قسمين: القسم العام والقسم الخاص.

القسم العام: يشمل القواعد التي تحدد الأحكام العامة للجريمة والعقوبة، فيبين أنواع الجرائم من جنايات وجنح ومخالفات. كما يبين أركان الجريمة، وهذه الأركان هي: وقوع فعل مجرم، وأن يكون هذا الفعل قد وقع من شخص توفرت فيه أهلية تحمل المسؤولية الجنائية، وأن يكون هناك نص قانوني يجعل من هذا الفعل جريمة معاقباً عليها، إذ القاعدة أنه «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، وأخيراً

---

(١) المرجع السابق، ص ١٩٣.

فإن القسم العام يتضمن القواعد التي تنظم العقوبة من حيث أنواعها وحالات تعددها وسقوطها والتخفيف أو الاعفاء منها.

القسم الخاص: يشمل القواعد الخاصة بكل جريمة من الجرائم على حدة، ويبين أركانها وصورها المختلفة والعقوبة التي توقع على مرتكبها، وهذه الجرائم قد تقع على الدولة مباشرة فتخل بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي، وقد تقع على النفس كالقتل والضرب، أو على المال كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة، أو على العرض والاعتبار كالاغتصاب وهتك العرض والقذف والسب.

٢ـ قانون الإجراءات الجنائية:

وهو مجموعة القواعد التي تبين الاجراءات الواجبة الاتباع من وقت وقوع الجريمة الى حين توقيع العقاب بمرتكبها، من حيث ضبط المتهم والقبض عليه والتحقيق معه ومحاكمته، وتنفيذ العقوبة التي يحكم بها.

والغرض من قانون الاجراءات هو بيان الأوضاع التي تتبع لتطبيق أحكام قانون العقوبات، أي تقتصر على الشكل الواجب اتباعه ليقول قانون العقوبات كلمته.

هذا، وتحكم موضوعات القانون الجنائي في المملكة العربية السعودية أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، وتتولى تطبيقها ـ كقاعدة عامة ـ المحاكم الشرعية بما لها من اختصاص عام في جميع القضايا المدنية والجنائية.

والجرائم في الفقه الإسلامي إما جرائم حددها الشارع وحدد عقوباتها كجرائم القتل والزنا والقذف والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والردة عن الإسلام والبغي. وإما جرائم لها عقوبات تعزيرية متروك لولي الأمر في الدولة المسلمة تحديد عقوبتها بما يراه رادعاً مثل جرائم التزوير والرشوة والنصب ونحوها.

ب ـ فروع القانون الخاص

القانون الخاص هو مجموعة القواعد التي تنظم العلائق التي لا تكون الدولة

طرفاً فيها بصفتها صاحبة السلطان والسيادة، فهو ينظم العلائق بين الأشخاص بصفة عامة، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً يقوم بأعمال عادية كالتي يقوم بها كافة الأفراد.

ويتفرع القانون الخاص الى فروع متعددة على رأسها القانون المدني، ثم القانون التجاري، وقانون التجارة البحري، وقانون العمل، وقانون المرافعات المدنية والتجارية، والقانون الدولي الخاص، فضلاً عن القانون الزراعي، والقانون الجوي، ونتكلم عن أهم هذه الفروع فيما يلي:

١ ـ القانون المدني:

تعريفه ومركزه بين فروع القانون الخاص:

القانون المدني هو مجموعة القواعد التي تنظم العلائق بين الأفراد، عدا ما يتناوله بالتنظيم فرع آخر من فروع القانون الخاص.

والقانون المدني هو أصل القانون الخاص كله، أما فروع القانون الخاص الأخرى، كالقانون التجاري وقانون العمل، فإنها تفرعت عنه، وهي تتضمن قواعد تحكم أنواعاً من العلائق ظهرت الحاجة الى تنظيمها بصفة خاصة لاتصالها بنوع معين من النشاط أو بمهنة معينة، ولما كان التطور في نطاق العلائق بين الأفراد لا يقف عند حد، فإن هناك من أوجه النشاط ما يستلزم الاستقلال بقواعد خاصة تزداد الحاجة اليها يوماً بعد يوم، ولهذا ظهرت الحاجة الى تنظيم خاص لما يسمى بالقانون الزراعي، والقانون الجوي، وقد بدأت هذه القوانين في الاستقلال بقواعد خاصة تنظم ما يتصل بالنشاط الزراعي والنشاط الجوي.

غير أنه لما كان القانون المدني يحكم علائق الأشخاص فيما بينهم بصفة عامة، ترتب على ذلك أنه إذا لم توجد قاعدة تحكم مسألة من المسائل الداخلة في فروع القانون الخاص الأخرى كالقانون التجاري وقانون العمل والقانون الزراعي... فإنه يجب الرجوع في شأنها الى ما يقرره القانون المدني، ويطبق الحكم الذي يقضي به، ما لم يظهر أن هذا الحكم لا يتفق مع طبيعة القواعد التي يتضمنها ذلك الفرع من فروع القانون الخاص.

موضوعات القانون المدني:

يتناول القانون المدني نوعين من الروابط أو العلائق:

النوع الأول: روابط الأحوال الشخصية:

وتدخل تحتها المسائل المتعلقة بالأسرة بصفة عامة، من زواج وطلاق وانفصال وما يترتب عليها من آثار، والمتعلقة بالنسب وآثاره، والمواريث وغيرها من المسائل المتعلقة بعلاقة الفرد بأسرته، كما يدخل تحتها أيضا المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.

النوع الثاني: القواعد المتعلقة بالأحوال العينية

وتشمل كل ما يتصل بنشاط الشخص بالنسبة الى الأموال، فتعرف المال وأنواعه، وتبين الحقوق المالية للشخص وطرق كسبها وانقضائها.. الى غير ذلك.

ويشتمل القانون المدني في معظم الدول على هاتين الطائفتين من الروابط، ولكن القانون المدني المصري يختلف عن تلك القوانين، لأنه لا يتضمن إلا نوعاً واحداً فقط من الروابط، هي الروابط المتعلقة بالأحوال العينية، أما روابط الأحوال الشخصية، فإن القانون المدني المصري لم ينظمها ولكنه تركها لتحكمها قواعد دينية تختلف باختلاف الأديان، المعترف بها، وذلك وفقا لشروط خاصة.

هذا والقانون المدني في المملكة العربية السعودية هو الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني.

ومن أمهات الكتب المعتمدة لدى محاكمها:

١ـ الإقناع للشيخ موسى الحجاوي.
٢ـ كشاف القناع على متن الإقناع للشيخ منصور البهوتي.
٣ـ منتهى الإرادات للشيخ محمد بن أحمد الفتوحي.
٤ـ شرح منتهى الارادات للشيخ منصور البهوتي.
٥ـ المغني للشيخ شمس الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة.
٦ـ الشرح الكبير للشيخ عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامة.

بالإضافة الى أن هناك مرجعاً هاماً كثيراً ما تعتمد عليه المحاكم الشرعية هو

كتاب «الإنصاف» في معرفة الراجح من الخلاف للشيخ علاء الدين أبي الحسن علي ابن سليمان المرداوي، وهو من كتب الخلاف أو «الفقه المقارن» قصد من تأليفه بيان أرجح الأقوال في المسائل الخلافية الواردة في كتاب «المقنع».

٢ـ القانون التجاري:

تعريفه وأسباب استقلاله عن القانون المدني:

القانون التجاري هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم علائق التجار والأعمال والتجارية.

ولقد كان هذا القانون جزءاً من القانون المدني، ولكنه استقل عنه، ويبرر هذا الاستقلال سببين جوهريين[1] هما:

السبب الأول: أن الأعمال التجارية قوامها السرعة، على عكس الأعمال المدنية التي تتصف بالبطء والتي لا تعرض في حياة الفرد إلا في القليل النادر أو في فترات متباعدة.

السبب الثاني: أن التجارة أساسها الائتمان أو الثقة. ويتمثل هذا الائتمان في منح المدين أجلاً للوفاء. فالتاجر يشتري البضاعة دون أن يتمكن من بيعها في الحال، ولذا يمنحه البائع الائتمان والثقة، أي يخوله أجلاً للوفاء. بعكس غير التجارة فإن أساسها الوفاء الحال.

ومن الأنظمة التي تدخل نطاق القانون التجاري في المملكة العربية السعودية، نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر السامي رقم ٣٢ في ١٣٥٠/١/١٥هـ، ونظام السجل التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١/٧٢٨٨ في ١٣٧٥/١١/٢١هـ، ونظام الأوراق التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٧ في ١٣٨٣/١٠/١١هـ، ونظام الشركات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥ في ١٣٨٦/٢/٢٢هـ، ونظام الوكالات التجارية الصادر

---

(١) راجع تفصيل هذه الأسباب د. مصطفى كمال طه. في القانون التجاري، مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٨١م، ص ٣ وما بعدها.

بالمرسوم الملكي رقم ١١ في ١٣٨٢/٢/٢٠هـ... الخ.

موضوعات القانون التجاري:

تنطبق قواعد القانون التجاري على فئة معينة من المعاملات هي الأعمال التجارية وعلى طائفة معينة من الأشخاص يحترفون القيام بالأعمال التجارية هم التجار.

ولا يقتصر احتراف الأعمال التجارية على التجار الأفراد فحسب، بل تحترفها الشركات التجارية كذلك، وتشمل دراسة الشركات التجارية شركات القطاع العام، وهي الشركات التي ينفرد رأس المال العام بملكيتها أو التي يساهم فيها رأس المال العام مع رأس المال الخاص.

ويخصص التاجر، أيا كان، لمزاولة التجارة بعض أموال مادية ومعنوية يكوّن مجموعها ما يسمى بالمحل التجاري، ومن بين العناصر المعنوية التي تدخل في تكوين المحل التجاري حقوق الملكية الصناعية وهي الحقوق التي ترد على براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والاسم التجاري.

ويستعين التاجر بالأوراق التجارية كأداة ائتمان وأداة وفاء تقوم مقام النقود في المعاملات.

كما يبرم التاجر لحاجات تجارته كثيراً من العقود التجارية كعقد الوكالة بالعمولة والسمسرة والنقل.

ولا غنى للتاجر عن الالتجاء الى البنوك ليحصل منها على ما يحتاجه من ائتمان ونقود لمباشرة اعماله التجارية.

ومتى عجز التاجر عن الوفاء بديونه التجارية في مواعيد استحقاقها، فتوقف عن الدفع، شهر افلاسه وصفيت أمواله فينتهي بذلك نشاطه التجاري.

وعلى ذلك فموضوعات القانون التجاري هي:

١ـ الأعمال التجارية والتجار.

٢ـ الشركات التجارية .
٣ـ الملكية التجارية .
٤ـ الأوراق التجارية .
٥ـ العقود التجارية .
٦ـ عمليات البنوك .
٧ـ الافلاس .

٣ـ القانون البحري:

تعريفه وأسباب انفصاله عن القانون التجاري:

القانون البحري أو قانون التجارة البحري هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلائق الخاصة التي تنشأ بصدد الملاحة في البحار.

وتتركز العلائق التي ينظمها القانون البحري حول السفينة وشرائها وشحنها والتأمين عليها وعلى مشحوناتها، وينظم القانون البحري كذلك عقد العمل البحري، وصلة ربان السفينة وملاحيها بمالكها، ومسؤوليته قبلهم، كما ينظم كذلك عقد النقل البحري وما يتصل به من مسؤولية، والقرض البحري . . الى غير ذلك من المسائل التي تثيرها الملاحة البحرية.

وقد كان القانون البحري جزءاً من القانون التجاري إلا أنه انفصل عنه وأسباب انفصاله: كبر قيمة السفينة وتعرضها لأخطار جسيمة، ووجودها أثناء استغلالها في كثير من الأوقات بعيدة عن رقابة مالكها.

هذا، وقد ظهر فرع جديد من فروع القانون، خاص بالنقل الجوي والملاحة الجوية استقيت جل مبادئه من القانون البحري.

ويلاحظ اهتمام القانون الدولي العام بمجالي النقل البحري والجوي وتدخله لتنظيم العلاقات الدولية في هذين المجالين.

وقد أصدرت المملكة العربية السعودية التشريعات في مجالي القانون البحري والقانون الجوي، حيث نجد أن نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر السامي رقم ٣٢ في ١٣٥٠/١/١٥هـ قد عالج موضوعات القانون البحري في مائتين واثنتين

وثمانين مادة في الباب الثاني منه (المواد من ١٥٠ ـ ٤٣١)، وأفرد نظام العمل فصلاً ينظم عقد العمل البحري. كما أصدرت المملكة نظام الملاحة الجوية بالمرسوم الملكي رقم ٣٤٨١/٢٢/٢/١٧ في ١٣٧٢/٩/١٤هـ[1].

٤ـ قانون العمل:

تعريفه والتشريعات التي تغطي موضوعاته:

قانون العمل هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلائق التي تنشأ بين العمال وأصحاب الأعمال. وهو قانون حديث النشأة أدى الى وجوده تقدم الصناعة وانتشارها مما استدعى تنظيم العلائق بين العمال وأصحاب العمل، بصورة تتفق مع حماية العمال باعتبارهم الجانب الضعيف في تلك العلائق إزاء الجانب القوي وهم أصحاب رؤوس الأموال.

وقد صدرت في المملكة العربية السعودية تشريعات تغطي كل موضوعات قانون العمل وهي:

(أ) نظام العمل والعمال، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م٢١ في ١٣٨٩/٩/٦هـ، وينظم عقد العمل الفردي[2]، ويبين حقوق والتزامات كل من صاحب العمل والعامل.

(ب) نظام التأمينات الاجتماعية رقم م٢٢ في ١٣٨٩/٩/٦هـ، ويعالج موضوعات إصابة العمل وكيفية التعويض عنها، كما يعالج تأمين العامل ضد البطالة الناتجة عن عجزه بسبب الإصابة أو المرض أو الشيخوخة وتحديد معاش له أو لأسرته من بعده.

(جـ) نظام الضمان الاجتماعي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١٩ في ١٣٨٢/٣/١٨هـ، وقصد منه تأمين حد أدنى للعاجزين عن العمل بسبب العاهات الطبيعية أو كبر السن أو الترمل.

---

(١) د. عبد العزيز النعيم، في المرجع السابق، ص ٢٠٤.

(٢) عقد العمل الفردي هو العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل يشتغل تحت ادارة صاحب عمل واشرافه مقابل أجر.

(د) نظام الجمعيات التعاونية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٢٦ في ١٣٨٢/٦/٢٥هـ والغرض منه التشجيع على تعاون أفراد المجتمع لرفع مستوى الأسرة وحماية الطفولة والتأهيل المهني.

٥- قانون المرافعات المدنية والتجارية:

تعريفه وموضوعاته:

قانون المرافعات المدنية والتجارية هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المحاكم المختلفة وحدود اختصاص كل منها، وتبين الاجراءات التي يجب على هذه المحاكم وعلى الأفراد اتباعها للفصل في المنازعات المتعلقة بروابط القانون الخاص.

وتنقسم موضوعات هذا القانون الى:

أ - قواعد متعلقة بالتنظيم القضائي وبيان اختصاص المحاكم من ناحية الموضوع (الاختصاص النوعي) ومن ناحية النطاق الجغرافي (الاختصاص المحلي أو الاقليمي).

ب - قواعد متعلقة بالاجراءات، وتشمل إجراءات رفع الدعوى، وكيفية السير فيها، وطرق الإثبات، وإصدار الأحكام، وطرق الطعن فيها، وطرق تنفيذها[1].

ويتكون نظام المرافعات في المملكة العربية السعودية من القواعد الشرعية للاجراءات المدنية والتجارية الموضحة في أمهات كتب الفقه المعتمدة لدى المحاكم الشرعية في «باب القضاء».

والى جانب ذلك أصدرت المملكة عدداً من الأنظمة الخاصة، منها: تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية، ونظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي، الصادر بالأمر الملكي رقم ١٠٩ في ١٣٧٢/١/٢٤هـ، ونظام كتاب العدل والتسجيل والتنفيذ الصادر بالأمر السامي رقم ١١٠٨٣ في ١٣٦٤/٨/١٩هـ.

كما يعالج نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر السامي رقم ٣٢ في

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي في المرجع السابق، ص ٨٠، ٨١.

١٥/١/١٣٥٠هـ الاجراءات التجارية في عدد من مواده، لا سيما في البابين الثالث والرابع منه (المواد من ٤٣٢ الى ٦٣٠).

وتمارس المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية اختصاصاً قضائياً عاماً يشمل جميع القضايا المدنية والتجارية و الجنائية، وتتبع هذه المحاكم وزارة العدل التي حلت محل رئاسة القضاء التي أسسها الملك عبدالعزيز بن عبدالرحمن آل سعود ـ رحمه الله ـ عام ١٣٥٧هـ ودرجاتها هي:

أ ـ المحاكم المستعجلة (الجزئية)، وتنظر في الدعاوى التي لا تزيد قيمتها على ألفي ريال سعودي، كما تنظر في قضايا الجنح والتعزيرات (المنع والتأديب).

ب ـ المحاكم الكبرى (الابتدائية)، وقد يصل أعضاؤها الى اثني عشر قاضياً في المدن الكبرى، وتنظر في جميع القضايا التي لا تدخل ضمن اختصاصات المحاكم المستعجلة.

جـ ـ هيئات التمييز (الاستئناف)، وتوجد محكمتان للتمييز، إحداهما في مكة المكرمة يمتد اختصاصها في المنطقتين الغربية والجنوبية، والثانية في الرياض ويمتد اختصاصها في المناطق الوسطى والشرقية والشمالية. وتستأنف أمام هيئات التمييز الأحكام الصادرة من المحاكم الكبرى.

د ـ الهيئة القضائية العليا (النقض)، وهي مكونة من أربعة أعضاء ورئيس، وتنظر فيما قد ينشأ من خلاف حول القواعد الشرعية الواجبة التطبيق على حالة معينة بين محكمة كبرى وهيئة تمييز، على أن تكلف بذلك من الملك أو وزير العدل.

والى جانب المحاكم الشرعية ذات الاختصاص العام، يوجد هناك عدد من المحاكم أو الهيئات شبه القضائية وأهمها:

أ ـ هيئات حسم المنازعات التجارية: ويوجد منها ثلاث هيئات في كل من الرياض وجدة والدمام، وتتكون من عضوين شرعيين ومستشار قانوني من وزارة التجارة.

ب ـ لجنة الأوراق التجارية بوزارة التجارة: وتنظر في المنازعات الخاصة بالأوراق التجارية.

جـ ـ لجنة المنازعات العمالية: والتي تقوم بحسم القضايا العمالية وهي تابعة لوزارة العمل، وتستأنف قراراتها أمام لجنة عليا بوزارة العمل بالرياض[1].

هذا، فضلا عن ديوان المظالم، الذي ينظر في بعض القضايا الإدارية.

٦ ـ القانون الدولي الخاص:

تعريفه وموضوعاته:

القانون الدولي الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلائق التي تحتوي على عنصر أجنبي بين الأفراد، من حيث بيان المحكمة المختصة (المحاكم الوطنية أم الأجنبية) والقانون الواجب التطبيق (القانون الوطني أم الأجنبي).

وتدخل العلاقة القانونية الخاصة في نطاق القانون الدولي الخاص إذا اشتملت على عنصر أجنبي، بأن كان أحد أطرافها أجنبياً، أو كان موضوعها، أو مكان انعقادها، يقع في بلاد أجنبية.

فلو تنازع سعودي مع زوجته الأميركية مثلاً فإن القانون الدولي الخاص هو الذي يبين ما إذا كانت المحاكم السعودية وهي محكمة بلاد الزوج، أو المحاكم الأمريكية وهي محكمة بلاد الزوجة، هي المختصة، وأي القانونين (القانون السعودي أو القانون الأمريكي) هو الواجب التطبيق على هذا النزاع. وكذلك الأمر في النزاع الذي قد ينشأ بين سعوديين في المملكة اشترى أحدهما من الآخر عقاراً في انكلترا، أو كانا في فرنسا فتعاقدا هناك على شيء معين موجود في المملكة أياً كان نوع هذا التعاقد.

ومن القواعد المستقرة في القانون الدولي الخاص أن القانون الواجب التطبيق في الأحوال الشخصية هو قانون الجنسية، فلو توفي سعودي في أمريكا فإن القانون السعودي هو الذي يحكم توزيع تركته. وبالنسبة لشكل العقد فإن الذي

---

(١) د. عبد العزيز النعيم، السابق، ص ٢٠٧، ٢٠٨.

يحكمه هو قانون محل العقد. أما بالنسبة للعقار فإن قانون البلاد التي يقع فيها هو الذي يطبق.

وعلى ذلك فإن القانون الدولي الخاص يفصل في مشكلتي «تنازع الاختصاص» و«تنازع القوانين»، أي يبين المحكمة المختصة بنظر النزاع الناشيء عن علاقة خاصة ذات عنصر أجنبي، والقانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة، وهذا هو الموضوع الرئيسي الذي ينظمه القانون الدولي الخاص.

والى جانب هذا فإن القانون الدولي الخاص يعالج موضوع الجنسية، وذلك بغية تحديد من يتمتع بصفة المواطن ومن يعتبر أجنبياً. كما ينظم موضوع مركز الأجانب، فيبين حقوق الأجانب المقيمين في اقليم الدولة ومن أهمها تمتعهم بالاقامة وشروط حصولهم عليها، ويحدد أيضاً ما يجوز أن يفرض عليهم من تكاليف[1].

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي في مبادىء القانون، ص ٨٥، ود. عبد العزيز النعيم في أصول الأحكام الشرعية ومبادىء علم الأنظمة، ص ٢٠٩ ـ ٢١١.

المِلكيَّة

- المال وتقسيماته.
- معنى الملك وأنواعه.
- حماية الملك.

الفصل الثالث
المال وتقسيماته

للارتباط القائم بين الملك والمال من جهة أن الملك في غالب صوره يرد على المال، فإننا نبدأ الكلام عن الملكية بهذا الفصل.

أولاً : التعريف بالمال

المال في اللغة:

هو ما ملكته من كل شيء[1]، وعلى ذلك فالشيء الذي لم يملكه الانسان بعد، لا يسمى مالاً، كالطير السابح في جو السماء الذي لم يملك لأحد من قبل، وكذلك السمك في الأنهار والبحار. وسمي المال مالاً لأنه يميل اليه الطبع.

المال في الفقه الاسلامي:

هو كل ما يمكن تملكه مع قابلية الانتفاع به على الوجه المأذون شرعاً عند السعة والاختيار[2].

ومن هذا التعريف يتبين لنا أنه لا بد أن يجتمع في الشيء عناصر ثلاثة كي يسمى مالاً، وهذه العناصر هي: إمكان التملك، وقابلية الانتفاع، وإباحة الشارع الانتفاع به عند السعة والاختيار.

---

(١) القاموس المحيط للفيروز آبادي، جـ ٤، فصل الميم - باب اللام، ص ٥٣.

(٢) منهج الإسلام في المعاملات المالية، د. أحمد عثمان، دار الطباعة المحمدية بالأزهر بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م، ص ٥.

ومن ثم فإن علماء الفقه الاسلامي لا يشترطون في الشيء لكي يكون مالاً أن يكون مملوكاً بالفعل كما هو الحال في اللغة، وإنما يكفي لماليته عندهم إمكان تملكه، كالطيور البرية التي لم تملك بعد، والأسماك السابحة في الماء. بل إن الهواء والماء يعتبران مالاً عندهم لأن الهواء يملك بالتعبئة في الأنابيب، والماء بحيازته في الأواني، وأما ما لا يمكن تملكه فلا يعتبر مالاً كالصحة والشرف وما إلى ذلك.

وخرج بقيد «مع قابلية الانتفاع به» ما لا نفع فيه مطلقاً كالطعام المسموم، والحشرات الضارة المجردة من كل نفع، فليست أموالاً.

وبقيد «عند السعة والاختيار» ما أباحه الشارع عند الضرورة كأكل لحم الميتة إنقاذاً للمضطر، فليس ذلك دليلاً على ماليته، لأنه لم يبح منه، إلا بمقدار ما يدفع الهلاك عن المضطر حفظاً للحياة.

المال في القانون:

هو كل حق ذي قيمة مالية، أي يمكن تقويمه بالمال، سواء أكان هذا الحق شخصياً أم عينياً أو الجانب المالي في الحقوق الذهنية[1].

والحق الشخصي رابطة بين شخصين، دائن ومدين، بمقتضاها يكون للدائن أن يطالب المدين بأداء معين له قيمة مالية. وهذا الأداء قد يكون عمل شيء وهذا هو الأداء الإيجابي. وقد يكون امتناعاً عن عمل شيء، وهذا هو الأداء السلبي. ومثال الأداء الإيجابي أن يقترض شخص من آخر مبلغاً من النقود فينشأ عن عقد القرض حق شخصي للمقرض إذ يستطيع مطالبة مدينه بعمل شيء وهو رد مبلغ القرض، ومثال الأداء السلبي اتفاق ممثل مع صاحب مسرح معين على أن يمتنع عن التمثيل على مسرح منافس، فهذا الاتفاق ينشيء لصاحب المسرح الحق في أن يجبر الممثل على الامتناع عن عمل شيء له قيمة مالية هو عدم التمثيل على المسرح المنافس.

---

(١) مؤلفنا، دروس في نظرية الحق، مطبعة الفجر الجديد بمنشية ناصر القاهرة ١٤٠٢ هـ / ١٩٨١ م، ص ١٣٤، ود. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، ص ٥٣١.

أمـا الحق العيني فهو سلطة مبـاشرة لشخص معـين على شيء مـادي معين بالذات تخوله الاستئثار بقيمة مالية.

وتوصف هذه السلطة بأنها مباشرة، لأن صاحب الحق يستـطيع أن يـزاول سلطته على الشيء دون حـاجة الى تـدخل شخص آخـر، فلا يـوجد وسيط بـين صاحب الحق والشيء محل الحق، وذلك بخلاف الحق الشخصي إذ لا تتـوفر فيـه هذه السلطة المباشرة، لأن الدائن صاحب الحق الشخصي لا يستطيع الاستفادة من حقه إلا عن طريق تدخل شخص آخر هو المدين.

والحق العيني قد يوجد مستقلاً بذاته ويعرف بالحق العيني الأصـلي ويشمل حق الملكية بما فيه من سلطات للمالك على ملكـه وهي الاستعمال والاستغـلال والتصرف المادي والقانوني، كما يتضمن الحقوق المتفرعة عن حق الملكية وهي حق الانتفاع وما يتفرع عنه من حق الاستعمال وحق السكنى، وحق الحكر[1]، وحق الارتفاق.

وقـد يكون الحق العيني تـابعـاً لحق شخصي ويعـرف بـالحق العيني التبعي ويشمـل الرهن الـرسمي، والـرهن الحيـازي وحق الاختصـاص، وحقـوق الامتياز[2].

وأما الحقوق الذهنية فهي التي ترد على شيء غير مادي من خلق الـذهن. والشيء غير المادي هو الذي لا يقـع تحت حس بل يـدرك بالفكـر المجرد، كحق المؤلف إن كان عالماً أو كاتباً على مؤلفاته العلمية أو الأدبية، وحق المخترع على ما اهتدى اليه من مخترعاته المبتكرة، وحق التـاجر عـلى اسمه التجـاري أو العلامـة التجارية التي جعلها شعاراً لبضاعته.

والحقوق الذهنية لها طبيعة مزدوجة، لأنها تتكون من جانبين: جـانب غير

---

(١) حق الحكر: هو حق عيني يخول صاحبه «المحتكر» الانتفاع بأرض للغير «موقوفة» في مقـابل دفـع أجرة معينة هي أجرة المثل، وذلك بالبناء عليها أو الغرس فيها أو أي غرض آخر، والبناء أو الغرس الذي يقيمه المحتكر يكون ملكاً خالصاً له، غير أن هذه الملكية مؤقتة تنتهي بانتهاء الحكر.

(٢) راجع المواد من ٨٠٢ - ١١٤٩ من القانون المدني المصري.

مالي وهو الأدبي، والجانب الآخر مالي، فالجانب الأدبي هو حق الشخص في أن ينسب اليه الشيء الذهني، وأن يقرر نشر أفكاره أو عدم نشرها وأن يقوم بتعديلها أو تغييرها أو ترجمتها وتحويلها من لون الى آخر بل من حقه إعدامها، وهذا الجانب لا يقوّم بمال، لأنه يتصل اتصالاً وثيقاً بشخص الإنسان.

وأما الجانب المالي فهو حق الشخص في الاستفادة مالياً من ثمرة أفكاره، لأن الأفكار وإن كانت أمراً معنوياً يتصل بشخص الإنسان، إلا أنها تمثل قيماً يمكن أن تقوم بمال، وبالتالي تكون محلاً للاستغلال المالي كما لو عهد مؤلف الى ناشر لينشر له مؤلفه ليستفيد منه مالياً[١].

مالية المنافع والحقوق[٢]

الأشياء التي ينتفع بها الانسان ثلاثة هي: الأعيان، والمنافع، والحقوق، والأعيان هي ما لها جرم ومادة كالدواب والملابس والحبوب والفاكهة وغير ذلك.

والمنافع هي الفائدة المقصودة من الأعيان كسكنى الدار وركوب السيارة، ولبس الثوب، وما شاكل ذلك.

أما الحقوق[٣] فهي كل مصلحة تثبت للشخص باعتبار إذن الشارع.

---

(١) راجع تفصيل الحقوق المالية والحقوق الذهنية في دروس في نظرية الحق د. محمد الفقي، ص ٢٤ وما بعدها.

(٢) منهج الإسلام في المعاملات المالية د. أحمد عثمان، ص ٦، والتراضي في المبادلات المالية د. السيد نشأت ابراهيم الدريني، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة، جدة ـ المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م، ص ٣١. والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه للأستاذ محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت ١٤٠١هـ/١٩٨١م، ص٣٣١ وما بعدها.

(٣) استعمل علماء الفقه الاسلامي الحق فيما ثبت لانسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه، ولذا يطلقونه على كل عين أو مصلحة تكون لك بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها أو منعها من غيرك، أو بذلها أو التنازل عنها، فيطلق على الأعيان المملوكة، ويطلق على الملك نفسه، وعلى المنافع أو المصالح، وهذا الإطلاق عام. وقد يستعملونه في مقابلة الأعيان والمنافع المملوكة فيكون خاصاً، والمراد به حينئذ المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها الا باعتبار الشارع وفرضه.
وقد قسموا الحقوق عدة تقسيمات، فقسموها مرة الى حقوق مجردة وغير مجردة وأخرى الى حقوق

وهذه المصلحة قد تكون متعلقة بمال كحق الشرب والمرور والتعلي[1]، وقد لا تكون متعلقة به كحق حضانة الأم لطفلها وحق الزوج على زوجته وغيرها.

وقد اتفق علماء الفقه الإسلامي على أن الأعيان تسمى أموالاً طالما استوفت الشروط السابق بيانها، كما اتفقوا على أن الحقوق المتعلقة بغير المال كحق الحضانة وحق الولاية على القاصر ليست أموالاً.

ولكنهم اختلفوا في مالية المنافع والحقوق المتعلقة بالمال على رأيين:

أولهما: ما ذهب اليه الحنفية وهو أنها ليست بمال لعدم إمكان حيازتها بذاتها، لأنها معدومة وإذا وجدت فإنها تفنى شيئاً فشيئاً.

ثانيهما: ما ذهب إليه الجمهور وهو أنها أموال. لإمكان حيازتها بحيازة أصلها، ولأنها هي المقصودة من العين ولولاها ما طلبت العين، ولأن الطبع يميل اليها.

وتظهر ثمرة الخلاف في بعض المسائل، منها ما لو غصب شخص شيئاً وانتفع به مدة ثم رده الى صاحبه، فإنه يضمن قيمة المنافع عند الجمهور، بينما لا ضمان عليه عند الحنفية إلا إذا كان المغصوب عيناً موقوفة، أو مملوكة ليتيم، أو أموالاً عامة. وإذا استأجر شخص داراً مدة معينة ثم مات قبل انتهاء مدة الإجارة،

= تقبل الإسقاط وحقوق لا تقبل الإسقاط، وقسموا التي تقبل الإسقاط الى ما يصح الاعتياض عنها، والى ما لا يصح فيها ذلك، كما قسموها إلى حقوق متعلقة بالمال، وحقوق متعلقة بغير المال. والأصوليون قسموها الى حقوق خالصة لله، وحقوق خالصة للعباد، وحقوق مشتركة وحق الله غالب، وحقوق مشتركة وحق العبد غالب (راجع تفصيل كل ذلك في الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود للدكتور بدران أو العينين بدران، الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية، ص ٢٩٨ وما بعدها).

(١) قسم علماء الفقه الاسلامي الحقوق المالية الى حقوق شخصية وحقوق عينية. والحقوق الشخصية هي التي يقرها الشرع لشخص على آخر، وهذا يكون إما باحداث فعل أو تركه، كحق المشتري في تسلم المبيع والبائع في تسلم الثمن، وكحق المودع في أن لا يستعمل الوديع الشيء المودع. والحقوق العينية هي ما يقرها الشرع لشخص على شيء كحق الملكية. فالرابطة في الحق الشخصي تكون بين شخصين بينما العلاقة في الحق العيني بين شخص وشيء، ويمكن أن يتصور اجتماع الحقين في مسألة واحدة، فإذا اغتصب منك شخص شيئاً فإن حقك المتعلق بهذا الشيء حق عيني، وحقك قبل الغاصب في أن يرد لك الشيء المغصوب حق شخصي (الوجيز للمدخل للفقه الاسلامي للشيخ محمد سلام مدكور، ص ١٢٤).

فعند الحنفية ينتهي العقد بموت المستأجر، لأن المنفعة ليست مالاً حتى تورث، وغير الحنفية يقولون: إن الورثة يحلون محل مورثهم حتى تنتهي مدة الاجارة.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور، لأنه يتحقق فيها البذل والمنع إذ من الممكن أن يعطى الطالب كتابه لمن ينتفع بقراءته كما يمكنه أن يمنع ذلك عنه، والمال يجري فيه البذل والمنع كما عرفه بعض الحنفية أنفسهم[1] فضلاً عن أن المنافع تحاز تبعاً لحيازة أصلها، ولأن ذلك يتفق والعرف العام في المعاملات المالية.

والقانون ـ كما مر بنا ـ يأخذ برأي جمهور علماء الفقه الإسلامي حيث يعتبر المنافع من الأموال، كما يعتبر الجانب المالي من الحقوق الذهنية أيضاً من الأموال.

ثانياً: أقسام المال[2]

ينقسم المال باعتبارات مختلفة الى أقسام متعددة أهمها، تقسيمه من ناحية ضمانه وعدمه الى متقوم وغير متقوم، ومن ناحية استقراره في محله وعدم استقراره الى عقار ومنقول، ومن ناحية تماثل أجزائه وعدم تماثلها الى مثلي وقيمي. ونبين ذلك فيما يلي:

١ ـ تقسيم المال من ناحية ضمانه وعدمه إلى متقوّم وغير متقوّم:

فالمتقوّم في الفقه الإسلامي: أي الذي له قيمة في نظر الشريعة الإسلامية وهو ما يباح الانتفاع به شرعاً في حال السعة والاختيار، وحيز بالفعل، كالنقود والدور والسيارات والكتب والطعام والأراضي وغير ذلك من الأشياء المملوكة لأصحابها.

---

(١) وهو الحصكفي صاحب الدر المختار حيث عرف المال بأنه ما يميل اليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع (انظر الدر المختار شرح تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين، المطبعة العثمانية دار السعادة بمصر سنة ١٣٢٦ هـ، جـ ٥، ص ٥٠).

(٢) راجع في هذا الشريعة الإسلامية (تاريخها ونظرية الملكية والعقود) للدكتور بدران أبو العينين بدران، ص ٢٨٧ وما بعدها، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه للأستاذ محمد مصطفى شلبي، ص ٣٣٣ وما بعدها، والوجيز للمدخل للفقه الإسلامي للشيخ محمد سلام مدكور، ص ١٣٩ وما بعدها.

وغير المتقوم في الفقه الإسلامي : هو ما لم يحز بالفعل، أو حيز ولكن حرم الشارع الانتفاع به في حالة السعة والاختيار. وعلى ذلك يشمل هذا النوع المال الذي يجوز شرعاً الانتفاع به قبل حيازته، مثل السمك في الماء، والطير في الهواء، والغزال في الصحراء، كما يشمل المال الذي حيز بالفعل لكن حرم الشارع الانتفاع به في حال السعة والاختيار، كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم فإن كلاً منهما لا يجوز للمسلم الانتفاع به، إلا في حال الضرورة القصوى، كأن يصيب الانسان عطش أو جوع يخشى منهما الهلاك، ولا يجد إلا الخمر أو الخنزير، فيباح له في هذه الحالة أن يتناول منهما بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه. أما بالنسبة لغير المسلم من أهل الذمة، فإن الخمر والخنزير يعتبران مالاً متقوماً في نظر بعض المذاهب الفقهية[1].

وتظهر فائدة هذا التقسيم في أمرين:

الأول: الضمان عند التعدي، فالمتقوم يضمنه المتعدى عليه بالمثل أو بالقيمة على حسب نوعه، وغير المتقوم لا يضمن متلفه شيئاً حيث لا حرمة له.

الثاني: صحة التصرف، فالمتقوم يصح التصرف فيه بالبيع والهبة والإجارة وغيرها، وغير المتقوم لا يصح التصرف فيه بشيء من ذلك. ولهذا لا يصح بيع الأموال المباحة، ولا هبتها، ولا الوصية بها، لعدم تقومها، ولا يصح بيع الخمر والخنزير من المسلم، لعدم تقومهما في حقه، ويصح بيعهما من الذمي عند البعض لتقومهما في حقه.

هذا، وفكرة تقوم المال وعدم تقومه موجودة في القانون، إلا أنها تبنى فيه على دخول الشيء في التعامل وخروجه عنه. وكل شيء في القانون يدخل في التعامل إلا ما يخرج عنه[2]. والذي يخرج عن التعامل يتحقق في حالتين:

---

(١) وخلاصة مذاهب الفقهاء فيما اذا تعدى شخص على خمر أو خنزير لذمي هل يضمنها أولاً؟ فأبو حنيفة يوجب الضمان سواء أكان المتلف مسلماً أم ذمياً غير أن المسلم يضمنها بقيمتها والذمي بمثلها، لأنها ما دامت متقومة في حقهم كانت معصومة فتضمن. وذهب المالكية والصاحبان من الحنفية الى وجوب الضمان أيضاً ولكن بالقيمة مسلماً كان المتلف أم ذمياً وذهب الشافعي وأحمد الى عدم وجوب الضمان سواء أكان المتلف مسلماً أم ذمياً (المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه أ. محمد مصطفى شلبي هامش ص ٣٣٤).

(٢) انظر مثلاً المادة ٨١ من التقنين المدني المصري، والمادة ٨٣ من التقنين المدني السوري، والمادة ٨١ من التقنين المدني الليبي، والمادة ٦١ من التقنين المدني العراقي.

الحالة الأولى ـ الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها: وهي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، كالهواء وأشعة الشمس ومياه البحر والأنهار، ومع ذلك ليس هناك ما يمنع من دخول هذه الأشياء في دائرة التعامل إن أخذت شكلاً خاصاً يمكن استئثار شخص معين به، كالهواء المضغوط في أنبوبة وأشعة الشمس المجمعة ومياه البحر المعبأة، فالخروج عن التعامل يتعلق بهذه الأشياء في مجموعها وليس بالنسبة لمقدار محدود منها إن استأثر به أحد من الأشخاص.

الحالة الثانية ـ الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون: وتشمل صورتين:

الأولى: وهي الأشياء التي يحرم القانون التعامل فيها باعتبارها مخلة بالنظام العام أو بالآداب العامة. ومثال ذلك المخدرات والأفلام والكتب والصور الجنسية. ومع ذلك فليس ثمة ما يمنع المقنن من إجازة التعامل في هذه الأشياء على سبيل الاستثناء لتحقيق غرض معين، كاستخدام المخدرات في الأغراض الطبية.

الثانية ـ الأشياء المملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة، مثل الشوارع والميادين وشواطىء البحار والمرافق العامة[1].

٢ـ ينقسم المال من ناحية الاستقرار عدمه الى عقار ومنقول:

فالعقار: هو كما يراه علماء الفقه الإسلامي غير المالكية، ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر، سواء تغيرت هيئته بالنقل أم لم تتغير، وهو الأرض فقط عندهم.

أما المالكية فقد عرفوه بأنه، ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر مع بقاء هيئته وشكله، فالبناء والشجر والنخيل عقار عند المالكية، إذ البناء حينما ينقل من مكانه لا يبقى على شكله وصورته بل يصير أنقاضاً، والنخل

---

(١) راجع تفصيل ذلك في كتابنا دروس في نظرية الحق، ص ١٣٥ ـ ١٣٧، والوسيط في شرح القانون المدني، جـ٨، حق الملكية للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٦٧ م، ص ٦ وما بعدها.

وكذلك الشجر الذي له أصل ثابت مستقر يكون عند قطعه أخشاباً لا نخلاً وشجراً. كما ألحق فقهاء المالكية كبار السفن بالعقار لأنها مستقرة ويمكن سكناها[1].

وقد اتجه القانون[2] وجهة المالكية فتوسع في مفهوم العقار كما توسعوا، بل وزاد عليهم العقار بالتخصيص إذ العقار في القانون على نوعين: عقار بطبيعته، وعقار بالتخصيص، فالعقار بطبيعته هو «كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف» مثل الأراضي والمباني والنباتات، وهذا هو العقار عند المالكية.

وأما العقار بالتخصيص فهو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله، كالمواشي والآلات والأدوات اللازمة لخدمة الأرض، والآلات والأدوات اللازمة لتشغيل مصنع أو فندق أو مكتب أو كلية، وما يوضع في دور العبادة لخدمتها من سجاد ومقاعد وكتب.. وهكذا. فالأمر هنا يتعلق بمنقولات بطبيعتها، ولكنها تأخذ صفة العقار لإلحاقها بعقار مملوك لصاحب المنقولات فتكون تابعة لهذا العقار ويرتبط مصيرها بمصيره[3].

والمنقول: هو عند جمهور الفقهاء ما أمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر، فيشمل كل شيء غير الأرض من بناء وزرع وشجر وسفن وحيوان ومكيل وموزون ومعدود.

وأما عند المالكية فهو ما أمكن نقله من مكان لآخر بحالته التي هو عليها، كالسيارات والدواب والحبوب والنقود وبصفة عامة كل مستقل بذاته غير متصل بالأرض اتصال استقرار ودوام[4].

---

(١) الوجيز للمدخل للفقه الاسلامي للشيخ محمد سلام مدكور، ص ١٤٠.
(٢) راجع المادة ٨٢ من التقنين المدني المصري، والمادة ٨٤ من التقنين المدني السوري، والمادة ٨٢ من التقنين المدني الليبي، والمادة ٦٢، ٦٣ من التقنين المدني العراقي، ومن المادة ١ - ٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني.
(٣) كتابنا دروس في نظرية الحق، ص ١٣٧، ١٣٨.
(٤) الوجيز للمدخل للفقه الاسلامي للشيخ محمد سلام مدكور، ص ١٤٠.

وأما المنقول في القانون[1] فعلى نوعين: منقول بطبيعته ومنقول بحسب المآل. أما المنقول بطبيعته ـ وهو يساوي المنقول عند المالكية ـ فهو كل شيء غير ثابت في مكانه بحيث يمكن نقله منه دون تلف. مثل الحيوانات والطيور والقطارات والسيارات والطائرات والسفن والحبوب والأثاث، ويضاف الى ذلك الأشياء المعنوية مثل الفكرة المبتدعة والعلامة التجارية والشهرة التجارية والاسم التجاري.

وأما المنقول بحسب المآل فهو عقار بطبيعته، ولكن مصيره الحتمي أن يفصل عن مكانه وأن يغدو منقولاً، لذلك اعتبر منقولاً بحسب المآل. فالفرض أننا بصدد أشياء ثابتة ومستقرة في الأرض، فهي عقارات بطبيعتها، ومع ذلك يعطيها القانون صفة المنقول، لأنها ستفصل في المستقبل القريب عن الأرض، فمصيرها الحتمي هو إمكان نقلها، فتحديدها يتم لا بالنظر إلى وضعها الحالي بل بحسب ما ستؤول اليه بعد تحريكها في المستقبل، ومن أمثلة هذه الأشياء الثمار والمحاصيل قبل جنيها والأشجار قبل قطعها وأنقاض المنازل قبل هدمها.

وتظهر أهمية التفرقة بين العقار والمنقول في كثير من الأمور، منها في الفقه الإسلامي:

أ ـ أن الشفعة تثبت في العقار دون المنقول.

ب ـ أن العقار يجوز وقفه باتفاق الفقهاء بخلاف المنقول فإن فيه خلافاً بينهم.

جـ ـ أنه يجوز لمشتري العقار أن يتصرف فيه بالبيع قبل أن يتسلمه بخلاف المنقول فلا يجوز فيه ذلك إلا إذا كان تابعاً للعقار، لأن المنقول يعرض له الهلاك كثيراً، فإذا هلك قبل القبض بطل البيع، فكان التصرف بهذا محتملاً، فصار من الاحتياط الانتظار الى حين القبض صوناً للعقود من البطلان.

د ـ أنه ليس لوصي القاصر أن يبيع عقاره إلا لمسوغ شرعي كبيعه لوفاء دينه بخلاف منقولاته فإن له أن يبيعها مراعاة للمصلحة التي يراها.

---

(١) انظر المادة ١٨٢/١ من التقنين المدني المصري.

هـ ـ أنه لا يباع عقار المدين إلا إذا لم تف جميع منقولاته بالدين.

ومنها في القانون[1]:

أ ـ الشهر لا يلزم في التصرفات المتعلقة بالمنقول، بينما هو أمر ضروري بالنسبة للتصرفات الواردة على عقار والتي من شأنها إنشاء أو نقل أو تغيير أو زوال أي من الحقوق العينية الأصلية والتبعية، فإن تعلق الأمر بتصرف متعلق بحق عيني أصلي كحق الملكية وما يتفرع عنه كان الشهر الواجب هو تسجيل التصرف في الشهر العقاري، والتسجيل يكون بنقل صورة كاملة للمحرر المثبت للتصرف وذلك في سجل معد لذلك. أما إن تعلق الأمر بتصرف متعلق بحق عيني تبعي مثل الرهن الرسمي والرهن الحيازي فإن الشهر المطلوب هو القيد، والقيد عبارة عن نقل البيانات الأساسية الثابتة في المحرر المثبت للتصرف وذلك في سجل معد لذلك أيضاً في مصلحة الشهر العقاري.

ب ـ الحيازة في المنقول سند الملكية، فمجرد وجود المنقول تحت يد شخص يعد قرينة على أنه تملكه بسبب صحيح وبحسن نية وذلك بخلاف العقار. كما أن دعاوى الحيازة وهي دعوى منع التعرض، ودعوى وقف الأعمال الجديدة، ودعوى استرداد الحيازة لا تحمي إلا حيازة العقار.

جـ الأصل في الاختصاص القضائي أن الدعوى ترفع أمام المحكمة الكائن في دائرتها موطن المدعى عليه، ويستثنى من هذه القاعدة الدعاوى المتعلقة بحق عقاري إذ ترفع أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار. وتنطبق القاعدة العامة على جميع الدعاوى المنقولة، إذ ليس للمنقولات مكان ثابت يتحدد على أساسه الاختصاص.

د ـ حقوق الارتفاق والاختصاص والرهن الرسمي والحكر والشفعة لا ترد إلا على العقارات.

هـ ـ الحجز على العقار وبيعه أمر بالغ الخطورة، لذلك أحاطه القانون

(١) مؤلفنا دروس في نظرية الحق، ص ١٤٢ وما بعدها.

بـاجراءات معقـدة وذلك لضمـان ولحمايـة حقوق المـالك، أمـا بالنسبـة للحجز على المنقول وبيعه فان الاجراءات مبسطة وأكثر مرونة.

و ـ تقيد الدول حق الأجانب في تملك العقارات دون المنقـولات على أسـاس أن العقار جزء من أقليم الدولة.

ز ـ تختلف سلطة الـولي والـوصي والقيم في التصـرف في العقـار عنهـا في المنقول، إذ توضع بالنسبة للعقارات قيود ثقيلة.

حـ ـ اذا لم يوجد في التركة عند تصفيتها أموال سائلة ولـزم بيع أمـوالها لسـداد الـديون التي عليهـا وجب البدء ببيـع المنقول، وعنـد عدم كفـايتـه يبـاع العقار[1].

ولعلك تلاحظ أن القانـون يشترك مـع الفقه الاسـلامي أو يقترب منه في بعض من هذه الأمور[2]، وأن كلا منها يهتم بالعقار أكثر من المنقول.

٣ ـ ينقسم المال من ناحية تماثل أجزائه وعدمها إلى مثلي وقيمي:

لا خلاف بين الفقه الإسلامي والقانون في بيان حقيقة المثلي والقيمي[3].

فالمثلي فيهما: هو ما له مثل ونظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزائـه أو وحداته تفاوتا يعتد به من كل ما يقدر بالكيل أو الوزن أو العد أو المقاس.

ويسمى المثلي أيضا المعين بالنوع، لأنه يكفي في تعيينه ذكر نوعه. ويعرف الذي يقدر كيلا بالمكيل كالحبوب، والذي يقدر وزنا بالموزون كـالذهب والفضـة والنحاس، والذي يقدر عدًا بالمعدود كالبيض والليمون مـا دامت كلها من نـوع واحد وحجم واحد، والذي يقدر مقاسا بالمقيس كالأقمشة من مادة واحدة.

ومن المثلي كل ما تمت صناعته بواسـطة الآلة وكـان من نوع واحـد، لعدم

---

(١) راجع المادة ١٨٩٣ من التقنين المدني المصري.

(٢) كالشفعة، وسلطة الوصي، والبدء ببيع المنقولات قبل العقارات.

(٣) منهج الإسلام في المعاملات المالية د. أحمد عثمان، ص ٨، وانظر أيضاً المادة ٨٥ من التقنين المدني المصري، والمادة ٨٨ من التقنين المدني السوري، والمداة ٨٥ من التقنين المدني الليبي، والمادة ٦٤ من التقنين المدني العراقي، وكتابنا دروس في نظرية الحق، ص ١٤٦.

تفاوت أجزائه ووحداته ما دامت له نظائر بالأسواق.

والقيمي في الفقه الاسلامي والقانوني: هو ما ليس له نظير في الأسواق كالتحف النادرة أو ما له نظير في الأسواق ولكن بين آحاده تفاوتاً يعتد به كالأراضي والمنازل والحيوانات ويسمى القيمي المعين بالذات.

والتفرقة بين المثلي والقيمي مسألة تقديرية، فالمثلي يتحول الى قيمي اذا انعدم نظيره في الأسواق، أو كانت له ظروف خاصة، فالنسخة من الكتاب المطبوع مثلية، فاذا انعدم نظيرها في الأسواق بانتهاء الطبعة، أو كانت النسخة مهداة من صديق، أو النسخة المخطوطة الأصلية كانت قيمية.

كما أنه ليس هناك مانع من أن يتفق المتعاقدان على اعتبار القيمي في الأصل مثلياً، فيجوز مثلا للشخص أن يشتري من آخر عشرين بيتا من البيوت الشعبيةفي مدينة بناها هذا الأخير، ويسري على هذا البيع ما يسري على بيع المثلي، مع أن البيوت أصلا قيمية.

وتبدو أهمية هذا التقسيم في أمور، منها في الفقه الاسلامي[1]:

١ ـ أن المثلي يتعين بالوصف غالبا وقد يتعين بالاشارة اليه، بخلاف القيمي فانه لا يتعين بالوصف، بل يتعين بذاته بالاشارة اليه أو ما يقوم مقامها.

٢ ـ أن المثلي اذا تعين بالوصف ثبت في الذمة فيؤدي بمثله، أما القيمي فلا يثبت في الذمة بل يكون أداؤه بعينه وذاته.

٣ ـ أن المثلي يصح أن يكون ثمناً، لأنه متعين معروف، ويقبل الثبوت في الذمة ديناً، بخلاف القيمي.

٤ ـ أن المثلي اذا أتلف ضمن بمثله إن كان موجودا وإلا ضمن بقيمته، بخلاف القيمي فيضمن بقيمته ابتداء لعدم المماثلة.

---

(١) المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه للأستاذ محمد مصطفى شلبي، ص ٣٣٦ وما بعدها.

٥ ـ يجوز لكل شريك بعد قسمة المال المثلي أن يأخذ نصيبه في غيبة الشريك الآخر بدون اذنه لعدم التفاوت في الأنصباء، أما اذا كان المال قيميا فلا يجوز له ذلك للتفاوت بين النصيبين.

٦ ـ إذا كان المال المثلي مشتركا فان القسمة تدخله جبرا، بخلاف القيمي، اذ لابد في قسمته من رضاء الشركاء.

ومنها في القانون[1]:

١ ـ انتقال الملكية: لا تنتقل في الشيء المثلي الا بالإفراز. أما في الشيء القيمي فتنتقل بمجرد العقد، وذلك دون اخلال بقواعد التسجيل، حيث يلزم في العقارات.

٢ ـ الامتناع عن التنفيذ: في الأشياء المثلية اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء. أما اذا امتنع الملتزم عن تنفيذ التزام موضوعه شيء قيمي فإن الدائن ليس له أن يحصل على شيء قيمي آخر، وانما ينفذ على الشيء ذاته موضوع الالتزام.

٣ ـ استحالة التنفيذ: اذا التزم شخص باعطاء أو تسليم شيء قيمي أي معين بذاته ثم هلك هذا الشيء قبل تسليمه بسبب أجنبي لا دخل له فيه، فإن ذمته تبرأ من هذا الالتزام لاستحالة الوفاء به، كما لو التزمت بتسليمك حصانا معينا بذاته ثم نفق الحصان. أما اذا كان موضوع الالتزام هو شيئا مثليا أي معينا فمثلا اذا تعهد تاجر بأن يسلمك مقدارا معينا من الغلال، وقبل تسليمه لك هلك متجره، لم يبرأ من التزامه بالتسليم، ذلك أن للغلال مثيلا في السوق، فيمكن الاستعاضة عن الهالك بمثله، ولذا قيل: إن المثليات لا تهلك الا اذا انقرض نوعها من الأسواق.

٤ ـ الوفاء: اذا كانت الأشياء مثلية حل بعضها محل بعض في الوفاء، ويكفي أن

---

(١) مؤلفنا دروس في نظرية الحق، ص ١٤٧، ١٤٨.

يكون المحل معينا بنوعه فقط، واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط. وما دامت المثليات ينوب بعضها عن بعض في الوفاء فتجوز المقاصة فيها اذا كانت هذه المثليات نقوداً، أو أشياء أخرى متحدة في النوع والجودة، كأن تكون دائناً لشخص بمائة أردب قمح مثلاً، وهو مدين لك بخمسين أردبا فيخصم هذا من ذاك.

أما اذا كانت الأشياء قيمية فالشيء المستحق أصلا هو الذي يكون به الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى[1].

٥ ـ مكان الوفاء: اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

أما اذا كان محل الالتزام شيئا مثليا ولم يعين مكان التسليم فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء[2].

هذا، ويلاحظ أن الفقه الإسلامي والقانون يقتربان في كثير من هذه الأمور التي تبين أهمية التفرقة بين المثلي والقيمي.

---

(١) انظر المادة ٣٤١ من التقنين المدني المصري.

(٢) راجع المادة ٣٤٧ من التقنين المدني المصري.

الفصل الرابع

معنى الملك وأنواعه

أولا : معنى الملك

الملك في اللغة :

الملك في اللغة معناه : احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به . وهو مثلث الميم ، ولكن يغلب استعمال المكسورة والمفتوحة في ملك الأشياء والمضمومة بمعنى السلطة . والملكية نسبة الى الملك[1] .

الملك في الفقه الاسلامي :

الملك في الفقه الاسلامي هو اختصاص بالشيء يمنع الغير عنه ويمكن صاحبه من الانتفاع به والتصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي .

فإذا حاز الانسان المال بطريق مشروع أصبح مختصا به ، وهذا الاختصاص يبيح لصاحبه الانتفاع به ، والتصرف فيه إلا اذا وجد مانع شرعي يمنعه من التصرف ، كالجنون أو العته أو السفه ، كما أنه يمنع الغير من الانتفاع به الا باذن مالكه ، أو التصرف فيه إلا اذا كانت له صفة شرعية تبيح له التصرف من ولاية أو وصاية أو وكالة[2] .

الملك في القانون :

الملك في القانون حق يخول صاحبه وحده سلطة الاستعمال والاستغلال

---

(١) القاموس المحيط لفيروز آبادي فصل الميم ـ باب الكاف ، جـ ٣ ، ص ٣٣٠ .

(٢) منهج الإسلام في المعاملات المالية د. أحمد عثمان ، ص ١٥ .

والتصرف في حدود القانون[1].

فهو حق يكفل لصاحبه كل السلطات التي يمكن الحصول عليها من الشيء، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، فلصاحب الشيء أن يمارس هذه السلطات كيف يشاء ولا يمنعه من ذلك إلا شرط إداري أو قيد قانوني.

كما أنه حق مقصور على مالك الشيء دون غيره، فله وحدة حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، ولا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه أو يتدخل في شئون ملكيته الا بالاتفاق كالقيود الاتفاقية أو بالقانون كالقيود القانونية كحق المرور[2].

ويتضح من هذا أن معنى الملك في القانون قريب من معناه في الفقه الاسلامي.

قابلية المال للتملك:

المال بطبيعته قابل للتملك، ولكن قد يعرض لبعض أنواعه عارض يجعله غير قابل لذلك في جميع الأحوال، أو في بعضها، ومن هنا فإن المال يتنوع في كل من الفقه الإسلامي[3] والقانون[4] بالنسبة لقابليته للتملك وعدمه إلى ثلاثة أنواع هي:

(١) نوع لا يقبل التملك ولا التمليك بحال من الأحوال. مثل الأشياء المخصصة للمنافع العامة كالطرق العامة، والسكك الحديدية، والأنهار، والمكتبات العامة، والمتاحف، والحدائق العامة وغيرها. فهذه الأشياء غير قابلة له ما دامت مخصصة للمنافع العامة، فاذا ما زالت عنها هذه الصفة العامة عادت

---

(١) راجع المادة ٨٠٢ من التقنين المدني المصري، والمادة ٧٦٨ من التقنين المدني السوري، والمادة ٨١١ من التقنين المدني الليبي، والمادة ١٠٤٨ من التقنين المدني العراقي، والمادة ١١ من قانون الملكية العقارية اللبناني.

(٢) راجع تفصيل ذلك في الوسيط للسنهوري، جـ ٨، ص ٤٩٢ وما بعدها.

(٣) المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه للأستاذ محمد مصطفى شلبي، ص ٣٤٠.

(٤) الوسيط للسنهوري، جـ ٨، ص ٩٠ وما بعدها، وانظر أيضاً المادة ٨٧ مدني مصري والمادة ٩٠ مدني سوري والمادة ٨٧ مدني ليبي والمادة ٧١ مدني عراقي.

الى حالتها الأصلية، وهي قابليتها للتملك، فمثلا الطريق العام اذا استغنى عنه، وشق طريق آخر بدلا منه فإنه يعود الى قبوله التملك.

(٢) نوع لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي أو قانوني، كالأعيان الموقوفة، وأملاك بيت المال، وهي المسماة في العرف القانوني باسم «الأموال الحرة» فالوقف لا يصح بيعه إلا اذا تهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من غلاته مثلاً، وملك الحكومة «بيت المال» لا يجوز بيعه إلا لضرورة كاحتياج بيت المال الى ثمنه أو رغب فيه راغب بضعف ثمنه، وقيل إذا رأى ولي الأمر المصلحة في ذلك لما له من الولاية العامة.

(٣) نوع يصح تملكه وتمليكه. وهو ما عدا هذين النوعين.

ثانياً: أنواع الملك

يتنوع الملك في الفقه الإسلامي والقانون الى ملك تام وملك ناقص، والى ملك متميز وملك غير متميز. وينفرد القانون بتنظيم حق المؤلف (الملكية الأدبية والفنية)، وحق المخترع (الملكية الصناعية). ونوضح ذلك فيما يلي:

أ ـ الملك التام والملك الناقص:

الملك التام

تعريفه:

الملك التام في الفقه الإسلامي هو ما يثبت على عين الشيء ومنفعته معا بحيث يثبت معه للمالك فيهما جميع الحقوق المشروعة(١).

وقد سبق أن عرفنا الملك في القانون(٢) ـ ويقصد به الملك التام ـ بأنه حق يخول صاحبه وحده سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف في حدود القانون.

---

(١) الشريعة الإسلامية (تاريخها ونظرية الملكية والعقود) د. بدران أبو العينين بدران، ص ٣١٠.

(٢) راجع فيما سبق الملك في القانون، ص ٨٦ وما بعدها.

ولا فرق بين تعريف الملك التام في كل من الفقه الإسلامي والقانون من ناحية المعنى.

خصائص الملك التام:

خصائص الملك التام في الفقه الإسلامي هي[1]:

(١) للمالك مطلق التصرف في العين ومنافعها بكافة التصرفات المشروعة من بيع وإجارة وإعارة وغيرها، وهذا الإطلاق لا يتقيد بشيء سوى عدم الضرر بالغير، سواء أكان هذا الغير فردا أم جماعة أو الدولة نفسها، ولذلك يجوز نزع الملك جبرا للمنفعة العامة.

(٢) للمالك حق الانتفاع بالشيء المملوك بأي وجه من وجوه الانتفاع غير متقيد بزمان محدد، ولا بمكان معين، ولا بشكل خاص، ما لم يكن ذلك محرما شرعاً، كأن يجعل داره ناديا للقمار، أو مأوى للصوص.

(٣) أن هذا الملك ليس له زمن محدد ينتهي عنده، فلا ينتهي إلا بهلاك العين المملوكة أو بانتقال الملك لغير مالكه بتصرف شرعي ناقل للملك أو بالميراث اذا مات المالك.

(٤) أن المالك اذا أتلف الشيء المملوك له لا يجب عليه ضمانه، لأن الضمان حينئذ يكون عبثاً، وليس معنى ذلك أنه يباح للمالك أن يتلف ماله كيفما شاء ويعفى من المؤاخذة كما لو كان الشيء المملوك حيوانا فيقتله أو يسيء استعماله، بل قد يستحق المؤاخذة فيعزره ولي الأمر، وقد يحجر عليه اذا ثبت سفهه.

(٥) إن ملكية الأعيان لا تقبل الاسقاط، فلو أسقط شخص ملكيته لعين لا تسقط وتبقى مملوكة له، لأن هذا هو السائبة، ولا سائبة في الإسلام.

---

(١) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه الأستاذ محمد مصطفى شلبي، ص ٣٧٣.

وأما خصائص حق الملك التام في القانون[1] فهو أنه حق جامع، مانع، دائم.

ومعنى أن الملك التام حق جامع هو أنه يشمل كل السلطات التي يمكن الحصول عليها من الشيء وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، فلصاحب الشيء أن يمارس هذه السلطات كيف يشاء ولا يمنعه من ذلك إلا شرط اداري أو قيد قانوني.

ويقصد بأن الملك التام حق مانع، أنه حق مقصور على المالك دون غيره، فله وحده حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، ولا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه أو يتدخل في شؤون ملكيته إلا بالاتفاق كالقيود الاتفاقية أو بالقانون كالقيود القانونية.

أما أن الملك التام حق دائم فمعناه أنه حق لا يزول بعدم الاستعمال، فإذا ملكه بدون استعماله، فإن هذا لا يؤدي إلى حرمانه من ملكه مهما طالت المدة على عدم استعماله لحقه، إلا أن يكون قد حاز الشيء شخص آخر واستعمله المدة القانونية خمس عشرة سنة فيتملكه بالتقادم المكسب، فعندئذ تزول ملكية المالك الأول لأن الحائز اكتسب بموافقة القانون حق الملك التام على الشيء.

ولا يخفى أن القانون يشارك الفقه الإسلامي في بعض خصائص الملك التام.

أسباب الملك التام:

يثبت الملك التام في الفقه الإسلامي[2] بأحد الأسباب الآتية:

(١) الاستيلاء على المال المباح، عملا بقاعدة «من سبقت يده الى مال مباح فهو

---

(١) دروس في الحقوق العينية الأصلية ـ الكتاب الأول ـ حق الملكية للدكتور جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٧١ م، فقرة ٩، ص ١٩ وما بعدها.

(٢) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه الأستاذ محمد مصطفى شلبي، ص ٣٧٤، ٣٧٥.

له» ومن صور ذلك احياء الأرض الموات.

(٢) العقود الناقلة للملكية، سواء أكانت عقوداً معاوضة كعقد البيع، أم عقود تبرع كالهبة والوصية.

(٣) الخلافة، بمعنى أن يخلف شخص آخر فيما كان يملكه، وهذا يتحقق بالإرث، إذ الوارث خليفة المورث في تركته بعد تجهيزه وسداد ديونه وتنفيذ وصاياه.

وهذه الأسباب الثلاثة محل اتفاق بين الفقهاء. وزاد بعضهم سببا رابعا وهو الشفعة: وهي حق تملك العقار المشفوع من مالكه الجديد ولو جبرا بما قام عليه من الثمن والتكاليف، وخالفهم آخرون فلم يجعلوه سببا مستقلاً، بل أرجعوه إلى أحد الأسباب الثلاثة وهو العقود. وهذا الخلاف[1] ناشيء عن الخلاف في الشيء المثبت للملك في الشفعة، أهو الطلب من الشفيع، أم التراضي بين الشفيع والمالك الجديد، أو القضاء عند ابائه التسليم للشفيع بحقه؟

فالأئمة الثلاثة (مالك والشافعي وأحمد بن حنبل) يذهبون إلى أن الملك للشفيع يثبت بطلبه لذلك الحق - على خلاف بينهم في اشتراط دفع الثمن - وهذا الطلب ليس استيلاء ولا عقدا ولا إرثاً، فتكون الشفعة سببا رابعا لها.

والحنفية يذهبون الى أن الملك في الشفعة لا يثبت بمجرد الطلب، بل يثبت بأحد أمرين:

(١) التراضي بين الشفيع والمالك الجديد على ذلك، وهو عقد جديد غير العقد الأول.

(٢) قضاء القاضي عند ابائه وعدم تسليمه، وهو بمثابة عقد ينوب فيه القاضي عن الممتنع، وعلى هذا لا تكون الشفعة سببا جديدا للملك بل تكون داخلة في العقود.

وأما أسباب الملك التام في القانون[2] فهي: الاستيلاء على مال ليس له

---

(١) راجع هذا الخلاف في المرجع السابق في نفس الموضوع المذكور.

(٢) راجع المواد من ٨٧٠ - ٩٨٤ مدني مصري والمادة ٨٢٨ مدني سوري وما بعدها والمادة ٨٧٤ مدني ليبي وما بعدها، والمادة ١٠٩٨ مدني عراقي وما بعدها.

مالك، والميراث بعد تصفية التركة، والوصية، والالتصاق، والعقـد، والشفعة، والحيازة.

وهذه الأسباب لا تخرج في جملتها عن الأسباب التي اعتبرها الفقه الإسلامي فيما عدا ما يلي:

(١) **الالتصـاق**[١]: كالأرض التي تتكـون من طمي النهر بـطريقة تـدريجية غـير محسوسة فـإنها تكون للمـلاك المجاورين[٢]، أو أن يقيم شخص بمـواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صـاحب الأرض فإن لصاحب الأرض أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض[٣].

وهذا السبب وان كان علماء الفقه الإسلامي لم يتكلموا عنه عـلى أنه سبب من أسباب الملك التام إلا أنهم تناولوه عند كلامهم عن الشفعـة وعن خيار العيب، في حكم ما لو أحدث الشفيع أو المشتري في العين زيـاة متصلة لا يمكن فصلهـا، أو منفصلة وفصلها يضر بـالعين نفسهـا ثم استحقت العين للغير لأنها ليست ملكا لمن باع لهم[٤].

(٢) الحيازة: وهي وضع اليد على مـال مملوك للغير بنيـة الحيازة (أي بـأن يباشر الحائز وضع اليد لحساب نفسه لا لحساب الغير) وتقادم العهد عليه.

وهذا كما يرى فقهاء الفقه الإسلامي لا يثبت ملكا للحائز ولا يزيـل ملكا قديما ثابتا عليه على تفصيل بينهم عند الكلام عن اللقطة، غـاية الأمـر أن هؤلاء

---

(١) الإلتصاق هو اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر، ومملوكين لمالكـين مختلفين، دون اتفـاق بينهما عـلى هذا الانـدماج، بحيث يتعـذر الفصل بـين هذين الشيئـين المندمجـين (الـوسيط للسنهوري، جـ ٩ (أسباب كسب الملكيـة مع الحقـوق العينية الأصليـة المتفرعـة عن الملكية «حق الإنتفاع وحق الارتقاق») دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٦٨ م، ص ٢٤٣).

(٢) راجع المادة ١١١٣ مدني عراقي.

(٣) د. جميل الشرقاوي، دروس في الحقوق العينية الأصلية ـ الكتاب الأول ـ حق الملكية، ص ٢٩٢ وما بعدها.

(٤) الشيخ محمد سلام مدكور في الوجيز للفقه الإسلامي، ص ١٤٦.

الفقهاء قالوا إن وضع اليد المدة الطويلة[1] على مال مملوك للغير ـ مع انكار واضع اليد ملكية الغير له، وعدم وجود عذر يمنعه من رفع الدعوى مع التمكن من رفعها ـ مانع من سماع الدعوى، وليس معنى هذا، الاعتراف بملكية واضع اليد، أو رفع ملكية قديمة عنه[2].

الملك الناقص

تعريفه وأنواعه:

الملك الناقص في الفقه الاسلامي[3] هو ما يثبت بتملك العين وحدها دون المنفعة أو بتملك المنفعة وحدها دون العين سواء أكانت المنفعة شخصية أم عينية.

وعلى ذلك فهو يتنوع الى نوعين: ملك الرقبة وحدها، وملك المنفعة وحدها، ويسمى حق الانتفاع، وهذا الأخير يتنوع الى نوعين باعتبار ما يتعلق به، لأنه إما أن يكون ثابتا لشخص أو لعين. فالأول يتعلق ابتداء بالمنتفع فيكون له فقط، ولا ينتقل منه الى غيره إلا في بعض الصور، كما سيأتي. والثاني يتعلق بعين العقار المقرر له هذا الحق، وهو لا يثبت لشخص معين، بل يتبع العقار كيفما كان مالكه، فهو يثبت أولا للعقار، ثم يثبت لمن ملكه تبعاً لثبوته للعقار، ولذلك ينتقل مع العقار كحق المرور الى أرض معينة، فإنه يثبت لمن ملك الأرض. فاذا لاحظنا هذين النوعين مع النوع الأول يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع هي:

---

(١) وتحديد هذه المدة أمر اجتهادي، وقد جعله الفقهاء ثلاثين أو ثلاث وثلاثين أو ست وثلاثين سنة، والقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ م، الخاص بالمحاكم الشرعية المصرية الملغاة نصت المادة ٣٧٥ منه على أنها ثلاث وثلاثون سنة بالنسبة للوقف والإرث وخمس عشرة سنة بالنسبة لغيرها.

(٢) ولكن المواد من ٩٤٩ الى ٩٨٤ من القانون المدني المصري اعتبرت حيازة المنقول والعقار أو حيازة حق عيني على منقول أو عقار تكسب الحائز مللكية الشيء أو الحق اذا استمرت حيازته ١٥ سنة إلا اذا كان يستند في الوقت ذاته الى سبب صحيح واقترنت الحيازة بحسن النية فإن مدة التقادم المكسبة للملكية في العقار تنقص إلى خمس سنوات، وفي المنقول تكتسب الملكية بمجرد الحيازة، كما أن الأموال الموقوفة لا تكتسب ملكيتها إلا اذا دامت الحيازة ٣٣ سنة. (د. جميل الشرقاوي، دروس في الحقوق العينية الأصلية ـ الكتاب الأول ـ حق الملكية، ص ٣١٤ وما بعدها).

(٣) الأستاذ محمد مصطفى شلبي في المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، ص ٣٤١.

(١) ملك العين فقط.

(٢) ملك المنفعة فقط، ويكون الانتفاع حقا شخصيا[١]، أي لشخص معين.

(٣) ملك المنفعة فقط، ويكون حق الانتفاع عينياً، أي تابعا للعين، ويثبت لمن ملك العين تبعا لملكية العين.

والقانون وان لم يتكلم عن الملك الناقص بهذه الكيفية، الا أن المتتبع له في تنظيمه للحق العيني الأصلي يرى أنه يأخذ بالملك الناقص كما في الفقه الإسلامي وإن لم يصرح بذلك، حيث إن من بين ما يشمله الحق العيني الأصلي في القانون حق الملكية وما يتفرع عنه، وهو حق الانتفاع بما فيه من حق الإستعمال وحق السكنى، كما أن من بين ما يشمله الحق العيني الأصلي أيضا حق الارتفاق. وهذه الحقوق لا تخرج في الحقيقة عن الملك الناقص في الفقه الإسلامي.

ولكل نوع من أنواع الملك الناقص خصائص وأحكام يختص بها دون سواها، لذلك فإننا نعالج كل نوع من هذه الأنواع فيما يلي:

النوع الأول ـ ملك العين وحدها[٢]:

هذا النوع يوجد في الفقه الاسلامي والقانون حينما تكون العين مملوكة لشخص والمنفعة مملوكة لآخر.

وهو أقل أنواع الملك الناقص وجودا لأنه جاء على خلاف الأصل في الملك، لأن المقصود من ملك العين هو الانتفاع بها، فإذا ثبت ملك العين بدون الانتفاع بها، كان ذلك شاذاً، إلا أنه تسومح فيه تشجيعاً على أعمال البر في نهاية الحياة، حيث انه لا يثبت الا في صورتين من صور الوصية:

---

(١) وهو غير الحق الشخصي في القانون، حيث أن الحق الشخصي في القانون ـ كما بيناه آنفاً ـ هو رابطة بين دائن ومدين بمقتضاها يكون للدائن أن يطالب المدين بأداء معين له قيمة مالية (راجع فيما سبق المال في القانون، ص ٧٢ وما بعدها).

(٢) الشريعة الاسلامية (تاريخها ونظرية الملكية والعقود) د. بدران أبو العينين بدران، ص٣١١، والوسيط للسنهوري، جـ ٩، ص ١٢٦١ وما بعدها.

(١) إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص طول حياته أو مدة معلومة، ومات الموصي، فإن ملك العين ينتقل إلى الورثة، وللموصى له - إذا قبل الوصية - ملك المنفعة طول حياته أو المدة المحددة، وعلى الورثة تسليم العين للموصى له بالانتفاع، فإن امتنعوا أجبروا على ذلك، وبعد انتهاء مدة الوصية أو موت الموصى له يصبح ملك الورثة ملكا تاماً.

(٢) اذا أوصى شخص بداره أو أرضه مثلا لشخص وبمنفعتها الى شخص آخر، وبعد موته قبل كل منهما الوصية، فإن ملك كل منهما يكون ناقصاً، وتسلم العين لصاحب المنفعة ليستوفي حقه، فاذا انتهى من وصيته عادت لمالك العين ويصبح ملكة تاما.

أما خصائص هذا النوع: ففي الفقه الإسلامي والقانون أن صاحبه ليس له الانتفاع بأي وجه، وليس له التصرف في العين تصرفا يضر بمالك المنفعة، وليس له أن يبيع العين لغير مالك المنفعة عند الحنفية، وعند غيرهم من الفقهاء والقانون يجوز لمالك العين وحدها بيعها لغير مالك المنفعة وبدون إذنه، وتنتقل ملكية العين إلى المشتري محملة بحق مالك المنفعة. واذا مات مالك العين يورث عنه.

ولا ينتهي ملكه إلا بموته، أو بهلاك العين نفسها، أو بتمليكها لغيره. واذا أتلف العين ضمن قيمة المنفعة لمالكها. أما نفقات العين اللازمة لاستيفاء المنفعة والضرائب المقررة عليها فتكون على مالك المنفعة[١].

النوع الثاني: ملك المنفعة وحدها وحق الانتفاع شخصياً:

قبل بيان أسباب هذا النوع وخصائصه نعرض لمسألة يثيرها الفقهاء في هذا الموضوع، وهي هل ملك المنفعة وحق الانتفاع شيء واحد أو شيئان متغايران؟ فالحنفية ومعهم علماء القانون لا يرون فرقا بينهما، ويقولون: إن هذا الحق قد يكسب صاحبه أن ينتفع به بنفسه، وأن يملكه غيره، كما اذا أوصى شخص لآخر بمنافع داره ينتفع بها كيفما شاء فإن للموصي له أن يسكنها بنفسه، أو أن يسكن غيره فيها بأجر أو بغير أجر.

---

(١) راجع المادة ٥٨ من قانون الوصية المصري.

وقد يكسبه الانتفاع بنفسه فقط، كما اذا وقف شخص داره لسكنى الطلبة الفقراء أو الغرباء، فإن من ثبت له هذا الحق لا يملك أن يملكه لغيره، وكما في حق الانتفاع بالمنافع العامة، فإن من له الحق في دخول مدرسة أو جامعة أو مصحة ليس له الحق في أن يملكه لغيره، وكذلك حق الانتفاع الثابت لشخص باذن خاص من مالك العين، كما اذا أذن شخص لصديق له أن يركب سيارته، أو ينزل ضيفا عليه في بيته، فإن الشخص المأذون له في ذلك لا يملك تمليكه لغيره.

فمن هذا ترى أن هذا الحق قد يكون مطلقا عن القيود، كما في النوع الأول، وقد يكون مقيدا اقتصر استيفاء الحق على صاحبه، وإن كان غير مقيد لا يقتصر عليه بل له أن يستوفيه بنفسه، وله أن يملكه لغيره[1].

وذهب فريق آخر من الفقهاء منهم المالكية الى التفرقة بينهما. فملك المنفعة اختصاص حاجز للغير يبيح لمن ثبت له أن يستوفي المنفعة بنفسه، وأن يملكها لغيره، فمثلا المستأجر ملك المنفعة بالعقد واختص بها، وهذا الاختصاص حاجز لغيره عنها، فله أن يستوفيها بنفسه، وأن يملكها لغيره بعوض وبغير عوض.

وأما حق الانتفاع فهو مجرد رخصة بالانتفاع جاءت نتيجة اذن عام كحق الانتفاع بالمنفعة العامة، كالطرق والأنهار والمدارس وغيرها، أو إذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص معين اذا أذن صاحبه كركوب سيارة الغير، أو القراءة في كتبه، أو السكنى في بيته بإذنه، وهذا الحق لا يفيد ملكا للمأذون له حتى يملكه لغيره[2].

---

(١) الأستاذ محمد مصطفى شلبي في المدخل، ص ٣٤٤، ود. بدران أبو العينين بدران في الشريعة الاسلامية، ص ٣١٢.

(٢) هكذا قرر هذه المسألة الكاتبون في الفقه الإسلامي من الفقهاء المحدثين في هذا العصر، وسندهم في ذلك ما جاء في كتاب الفروق للقرافي، ص ١٨٧، جـ ١، في الفرق الثلاثين بين قاعدة تمليك الانتفاع وبين قاعدة تمليك المنفعة وفيه: «إن تمليك الانتفاع هو الإذن في أن يباشر الانتفاع بنفسه، وتمليك المنفعة هي الإذن في أن يباشرها بنفسه وأن يملكها لغيره فهو أعم وأشمل من الأول» فهذه العبارة كما ترى تسمى كلا منهما ملكاً إلا أن الانتفاع قاصر على صاحبه يستوفيه بنفسه، وبهذا لا يقتصر ثبوته على السببين المذكورين، بل قد يثبت بغيرهما اذا قيد بذلك، على أن هذا الخلاف لا ثمرة له حيث أن الكل متفق على أن من ملك الانتفاع بنفسه لا يملك تمليكه لغيره، فتسميته بعد ذلك بحق انتفاع، أو بملك منفعة لا أثر له.

وعلى هذا المذهب يكون لحق الانتفاع سببان :

أحدهما : كون الأشياء المنتفع بها مخصصة لمنفعة الناس كلهم كالطرق والأنهار أو مخصصة لفريق خاص كالمدارس للطلاب ، والمصحات للمرضى .

وثانيهما : اباحة الانتفاع من مالك العين ، سواء أكان لشخص معين باسمه أم غير معين اذا أذن للغرباء بالنزول في داره .

ويكون لحق المنفعة أربعة أسباب هي : الإجارة ، والإعارة ، والوقف ، والوصية .

وعلى مذهب الحنفية تكون أسباب ملك المنفعة أو حق الانتفاع هذه الأربعة مضافا اليها الاباحة .

وأما أسباب حق الانتفاع في القانون فهي : الوصية ، والعقد ، والشفعة ، والتقادم[1] .

خصائص هذا النوع من الملك :

يختص ملك المنفعة وحق الانتفاع شخصيا في الفقه الاسلامي بأحكام هي :

(١) أنه يقبل التقييد بالزمان والمكان والصفة ابتداء ، ولهذا يجوز لمن أعار سيارته لغيره أن يقيد اعارته بانتفاع المستعير بمدة كشهر أو سنة ، أو يقيده ، بمكان كأن يحدد له مكان سيره بها ، أو الأشخاص الذين يركبونها .

(٢) أنه لا يقبل التوارث عند الحنفية في جميع صوره ، لأن الإرث يكون للمال الموجود عند الموت ، والمنافع ليست أموالا عندهم . وخالفهم جمهور الفقهاء في بعض الصور ، كما اذا كانت الاجارة لمدة معلومة ، ومات المستأجر قبل انتهائها ، فإن الورثة يرثون ملك المنفعة في المدة الباقية . وكذلك اذا أوصى

---

(١) راجع المادة ٩٨٥ مدني مصري ، وزاد التقنين المدني الليبي في مادته ٩٨٩ القانون ، وأغفل كلاًّ من التقنين المدني السوري في مادته ٩٣٧ ، وقانون الملكية العقارية اللبناني في مادته ٣٣ الشفعة والتقادم ، ولم يذكر التقنين المدني العراقي الشفعة في مادتيه ١٢٤٩ ، ١٢٥٠ المخصصتين لأسباب كسب حق الانتفاع .

شخص لآخر بسكنى داره مدة معلومة أو استغلالها ومات الموصى له قبل انتهاء المدة، فإن ورثته يملكون منفعة ذلك الشيء بقية المدة.

(٣) أن مالك المنفعة يضمن العين اذا تعدى عليها، ويضمن نقصانها اذا تعيبت بتعديه عليها، لأنه تعدى على ملك غيره، وأما اذا هلكت أو تعيبت بدون تعد أو تقصير فلا ضمان عليه، لأن يده على العين يد أمانة.

(٤) إن نفقات العين قد تكون على مالك المنفعة اذا ملكها مجانا بالإعارة أو الوصية، وقد تكون على مالك العين اذا ملكها بعوض بالإجارة، فمن استأجر سيارة ليركبها تكون على مالك السيارة، ولو استعارها تكون التكاليف على المستعير.

أما خصائص حق الانتفاع في القانون[1] فهي:

(١) أنه حق عيني: وبهذا يتميز عن حق المستأجر الذي يعتبر حقا شخصيا في القانون، فالمستأجر دائن للمؤجر بالانتفاع بالعين المؤجرة، ويلزم هذا الأخير بتمكينه من ذلك فيتوسط المؤجر بين المستأجر والعين المؤجرة، أما المنتفع فله حق عيني يقع مباشرة على الشيء المنتفع به ولا يتوسط بينهما مالك الشيء، ويترتب على ذلك أن المالك ليس ملزما قبل المنتفع بتمكينه من الانتفاع كما يلتزم المؤجر نحو المستأجر، بل كل ما على المالك هو أن لا يتعرض للمنتفع في مباشرة حقه ولا يلتزم نحوه بشيء. والقانون بتفرقته هذه بين حق المستأجر وحق الانتفاع يختلف عن الفقه الإسلامي الذي لا يفرق بينهما.

(٢) أنه حق مؤقت: لأنه ينتهي حتما بأقرب الأجلين، الأجل المتفق عليه أو بوفاة المنتفع أيهما أقصر، فلا ينتقل بحال الى ورثة المنتفع. والقانون في هذا يتفق مع مذهب الحنفية.

(٣) أنه يقع في الأصل على شيء غير قابل للاستهلاك: لأن الشيء بذاته يعود الى المالك عند انتهاء حق الانتفاع، فوجب أن يكون باقيا بعد الانتفاع به.

---

(١) د. السنهوري في الوسيط، جـ ٩، فقرة ٤٧٧، ص ١٢٠١ وما بعدها.

انتهاء ملك المنفعة وحق الانتفاع شخصيا:

ينتهي هذا النوع من الملك في الفقه الإسلامي[1] بواحد من أمور هي:

(١) انقضاء مدة الانتفاع، فيما اذا كانت هناك مدة محددة، سواء أكان ذلك بإجارة أم اعارة أو وقف أو وصية.

(٢) وفاة من له حق الانتفاع عند الحنفية، وأما غيرهم الذين يقولون بإرث هذا الحق فلا ينتهي إلا بانتهاء مدة الانتفاع كما قدمنا بيانه في خصائصه.

(٣) وفاة مالك العين إذا كان ملك المنفعة بطريق الإجارة، لأنها عقد الزام والتزام، وبموت مالك العين فات محل الالتزام، وكذلك اذا كان بطريق الاعارة لأنها تبرع وهو ينتهي بموت المتبرع، وأما في الوصية فيبدأ ملك المنفعة بقبول الموصى له بعد موت الموصي، وفي الوقف كذلك لا ينتهي بموت الواقف، لأنه إن كان مؤبدا فظاهر، وإن كان مؤقتا فينتهي الاستحقاق بانتهاء المدة ولا أثر لموت الواقف فيه.

(٤) هلاك العين المنتفع بها أو تعيبها بعيب يتعذر معه استيفاء المنفعة، كما لو انهدمت الدار المستأجرة للسكنى، أو صارت الأرض المستأجرة للزراعة سبخا، أو طغى عليها الماء.

وينتهي حق الانتفاع في القانون[2] بانقضاء الأجل، وموت المنتفع، وهلاك الشيء، وعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة، وتملكه بالتقادم المكسب لشخص آخر غير المنتفع الأصلي، والنزول عنه، واتحاد الذمة، وسقوطه بسوء الاستعمال، وفسخ حق المالك الذي رتب الانتفاع، كما لو كانت ملكيته معلقة على شرط فاسخ وتحقق الشرط، ومن ثم تزول الملكية بأثر رجعي ويزول تبعا لزوالها ما رتبه المالك من حق الانتفاع. والقانون في أسبابه الثلاثة الأولى يتفق والفقه الإسلامي.

---

(١) د. بدران أبو العينين بدران في الشريعة الإسلامية، ص٣١٦.

(٢) د. السنهوري في الوسيط، جـ ٩، فقرة ٥٣٤ وما بعدها، ص ١٢٦٥ وما بعدها.

هـذا، واذا انتهى حق الانتفاع وجب عـلى المنتفع في الفقـه الإسـلامي[1] والقانون[2] تسليم العـين الى مالكهـا عند طلبهـا، إلا اذا كان التسليم في الفقـه الإسلامي يترتب عليه ضرر بالمنتفع أو ورثته، كما إذا انتهت المدة المحددة للانتفاع، والأرض فيها زرع لم ينضج، أو مات المنتفع قبل نضج الزرع، ففي هذه الحـالة تترك الأرض في يد المنتفع أو ورثته حتى يتم نضج الزرع، وحينئذ يجب على المنتفع أجر مثل الأرض في المدة التي يحتاج اليها الزرع لينضج.

ونظير ذلك السفينة والسيارة، إذا استؤجرتا لمدة معلومة، فانقضت المدة قبل الوصول الى المكان الذي يريده، فـإنهما يبقيان بيد المستأجر بأجر المثل، حتى يصل الى المكان المقصود، وذلك اذا كان لا يمكنه الوصول اليه بغيرهما.

النوع الثالث: ملك المنفعة وحدها وحق الانتفاع عينيا:

ويسمى حق الارتفـاق، وهو في الفقـه الإسلامي[3] حق مقـرر على عقـار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول. ولا يخرج تعريفه في القـانون عن هذا التعريف، اذ القانون يعرفه بأنه «حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيـره يملكه شخص آخر»[4].

ويشمل حق الشِّرْب، وحق المجرى، وحق المسيل، وحق المرور[5].

وحق الشرب: هو النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر، ويلحق به «حق الشفة» وهو حق شرب الانسان والدواب والاستعمال المنزلي.

وحق المجرى: هو أن يكون لشخص حق اجراء الماء في ملك الغير ليصل

---

(١) الأستاذ محمد مصطفى شلبي في المدخل، ص ٣٥١.

(٢) د. السنهوري في الوسيط، جـ ٩، فقرة ٥٤١، ص ١٢٧٢.

(٣) د. بدران أبو العينين بدران في الشريعة الإسلامية، ص ٣١٧.

(٤) راجع المادة ١٠١٥ مدني مصري، والمادة ٩٦٠ مدني سوري، والمادة ١٠١٨ مـدني ليبي، والمادة ١٢٧١ مدني عراقي، والمادة ٥٦ من قانون الملكية العقارية اللبناني.

(٥) راجع تفصيل هذه الحقوق في الفقه الإسلامي د. بـدران في الشريعـة الإسلاميـة، ص ٣٣٦ وما بعدها، وفي القانون د. السنهوري في الوسيط، جـ ٨، فقرة ٤٤١، ص ٧١٠ وما بعدها.

الى ملكه. وهذا الحق تابع لحق الشرب، لأن الشرب يحتاج استفاؤه الى مجرى يمر فيه الماء الى الأرض التي يراد سقيها.

ومتى ثبت حق الشرب لعقار كان لمالكه حق اجراء الماء الصالح لسقي زرعه أو شجره في ذلك المجرى، وليس لمالك الأرض التي يمر فيها المجرى أن يمنع صاحب الحق من اجراء الماء، كما لا يكون للمالك أن يمنعه من المرور عليه بنفسه للإشراف على الماء، أو اصلاح المجرى بإزالة معوقات الماء، فاذا منعه صاحب الأرض فإنه يلزمه أن يقوم بالاصلاح الذي يتطلبه المجرى.

واذا لحق صاحب الأرض التي يمر فيها المجرى ضرر كنز الماء في أرضه، وجب على من له حق الشرب من المجرى ازالة هذا الضرر، إما بتعميق المجرى، أو بتقوية جانبيه، أو بتقليل كمية المياه دفعا للضرر.

ونفقات اصلاح المجرى على من له حق الشرب، لأنه هو الذي ينتفع باجراء الماء فيه فيكون اصلاحه واجباً عليه، لأن الغرم بالغنم.

وحق المسيل: هو أن يكون لشخص حق اسالة المياه، أي تصريفها في ملك غيره، لتصل الى المصارف العامة.

فالمسيل: هو مجرى على سطح الأرض، أو أنابيب في باطنها لتصريف المياه الزائدة، عن الحاجة، أو غير الصالحة للري، كمصارف الأراضي الزراعية، أو مصارف المياه التي سقطت على هيئة أمطار على سطح المنازل، أو استعمال الناس.

والفرق بينه وبين المجرى، أن المسيل لصرف المياه غير الصالحة أو الزائدة، صالحة أو غير صالحة، والمجرى لجلب المياه الصالحة للاستعمال.

ومتى ثبت حق المسيل لا يزال إلا اذا كان مضراً ضرراً لا يمكن رفعه، ولا يبطل بتغير صفة العقار من أرض زراعية الى دار، أو من سكن الى مصنع، ونفقات اصلاحه على من يكون له حق الانتفاع به سواء أكان المنتفع صاحب الحق أم غيره، وإذا كان اصلاح المسيل يحتاج الى الدخول في أرض شخص يجري المسيل في أرضه أو داره، كان له الدخول لإصلاحه، ويجوز للمالك أن يمنعه من ذلك، فإن منعه ألزم بإصلاحه من ماله، ولا يرجع بشيء على المنتفع.

وحق المرور: هو أن يثبت للشخص حق السير في ملك غيره، ليصل الى ملكه، سواء أكان ملك هذا الغير داراً أم أرضاً زراعية.

ومن ثبت له هذا الحق يجوز له أن يستوفيه كما ثبت له لا أكثر، فإذا كان لشخص حق المرور بسيارته أو دوابه في ملك غيره، فلا يكون لصاحب الملك منعه من استيفائه، فإن زاد عما ثبت له منع من الزائد.

والفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي من وجوه:

(١) أن حق الانتفاع الشخصي، قد يتعلق بالعقار كما في وقف العقار أو إجارته أو اعارته، ويتعلق بالمنقول كما في إجارة سيارة أو إعارة كتاب. أما حق الارتفاق فدائماً يكوم حقاً مقرراً على عقار لهذا قد تنقص به قيمة العقار المقرر عليه هذا الحق.

(٢) أن حق الانتفاع الشخصي، يكون مقرراً لشخص معين باسمه ووصفه. أما حق الارتفاق فيكون مقرراً للعقار، ولهذا تزيد منفعة الأرض المرتفقة، كما تزيد قيمتها به، فمن المعلوم أن الأرض اذا لم يكن لها طريق أو شرب تكون قليلة القيمة ضعيفة المنفعة.

(٣) أن حق الانتفاع الشخصي له وقت ينتهي بانتهائه. أما حق الارتفاق فهو حق دائم غير مؤقت بوقت ينتهي بانتهائه.

(٤) أن حق الانتفاع الشخصي مختلف في إرثه، بناء على الاختلاف في كونه مالاً. أما حق الارتفاق فهو مما يورث حتى عند الحنفية الذين لا يعتبرونه مالاً، لأنه تابع للعقار ينتقل بانتقاله.

الأسباب المثبتة لحق الارتفاق:

يثبت حق الارتفاق في الفقه الإسلامي[1] بواحد من الأسباب الآتية:

(١) الشركة العامة بين أفراد الدولة في العقارات المقررة للمنافع العامة كالطرق العامة والترع العامة والمصارف العامة، التي لا تدخل في ملك أحد، فإن هذه الأشياء يثبت الحق فيها لكل عقار قريب منها، حتى كان لأصحاب

(١) الأستاذ محمد مصطفى مصطفى شلبي في المدخل، ص ٣٥٤، ٣٥٥.

العقارات أن يمروا من هذه الطرق ويسقوا أراضيهم من تلك الترع، ثم يصرفوا المياه الزائدة عن حاجتهم في تلك المصارف، لأن هذه المنافع تعتبر شركة بين الناس يباح لهم الانتفاع بها حيث إنها أعدت لذلك.

(٢) الشرط في عقد معاوضة كأن يبيع شخص لآخر قطعة أرض زراعية ويشترط أن يكون له عليها حق شرب لأرض أخرى مملوكة له، أو حق مرور لها، ويقبل المشتري ذلك، فإن حق الشرب وحق المرور يثبتان بهذا الشرط.

(٣) التقادم، بمعنى أن يكون حق من هذه الحقوق ثابتاً لعقار من زمن قديم غير معلوم وقت ثبوته، كما اذا ورث شخص أرضاً تسقى من أرض بجوارها، أو تصرف ما فضل من مائها في مصرف مملوك لشخص آخر، والناس الموجودون لا يعرفون متى ثبت هذا، فانه يحكم بثبوت الحق اذا أراد صاحب الأرض أو المصرف أن يمنعه من استعماله، لأن الظاهر أنه يثبت بسبب مشروع، إلا اذا تبين أنه يثبت في أول الأمر بسبب غير مشروع فانه يحكم ببطلانه.

هذا، ولو أذن شخص لجاره أن يمر الى أرضه من ملكه، أو يسقى أرضه من مجرى ماء له، فانه لا يثبت لأرض المأذون له حق ارتفاق على أرض من أذن له، لأنه مجرد إباحة، وله أن يرجع في هذا الإذن في أي وقت شاء، فلا يصح لمن ملك الأرض بعده بإرث أن يطالب بهذا الحق.

وقد أضاف المالكية الى الأسباب الثلاثة السابقة لثبوت حق الارتفاق أمران آخران[١] هما:

(١) شراء هذا الحق منفرداً، لأنه حق مالي يمكن تقومه عندهم، ووافقهم على ذلك الشافعية.

(٢) أن يلتزم صاحب العين بهذا الحق والتبرع به لآخر بعقد إعارة، لأن التبرعات ملزمة عند المالكية خلافاً لغيرهم.

---

(١) د. بدران أبو العينين بدران في الشريعة الاسلامية، ص ٣١٩.

والأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق في القانون[1] هي: العقد، والوصية، والتقادم المكسب[2].

ب ـ الملك المتميز والملك غير المتميز[3]:

الملك المتميز في الفقه الإسلامي والقانون: هو المتعين المحدد غير المختلط بملك الغير. كملك سيارة، أو دار بأكملها.

والملك غير المتميز فيهما: ويعرف بالملك الشايع أو المشاع، وهو ما اختلط بملك الغير وشاع فيه دون أن يتعلق بجزء معين مميز. كملك نصف دار، أو ربع حيوان، أو ثلث قطعة أرض.

والمشاع نوعان: مشاع قابل للقسمة، وهو ما يمكن أن ينتفع به بعد القسمة الانتفاع الذي كان مقصوداً منه قبل القسمة، مثل الضيعة الواسعة والدار الكبيرة.

ومشاع لا يقبل القسمة، وهو ما لا يمكن أن ينتفع به بعد القسمة الانتفاع الذي كان مقصوداً منه قبل القسمة، كالدابة والسيارة والبيت الصغير الذي لو قسم بين الشركاء لا يصلح النصيب للسكن.

ومقتضى الشيوع أن يكون كل جزء من المال مهما كان صغيراً مشتركاً بين الملاك، فكل واحد منهم يتعلق ملكه بهذا الجزء.

وحكم الملك الشائع أن لكل واحد من الشركاء حق الانتفاع به بما لا يضر بالآخرين، وإلا فإذا لم يمكن ذلك، فإن كان قابلاً للقسمة قسم ولو جبراً بناء على طلب البعض، وإلا قسم الانتفاع به بينهم قسمة مهايأة زمانية بأن ينتفع

---

(١) راجع المادة ١٠١٦ مدني مصري، والمادة ١٠١٩ مدني ليبي، والمادة ١٢٧٢ مدني عراقي، وقارن المادة ٩٦١، ٩٦٢ مدني ليبي، والمادة ١٢٧٢ مدني عراقي، وقارن المادة ٩٦١، ٩٦٢ مدني سوري، والمادة ٥٧، ٥٨ من قانون الملكية العقارية اللبناني.

(٢) راجع تفصيل ذلك في الوسيط للسنهوري، جـ ٩، فقرة ٥٦٠، ص ١٣٠٠ وما بعدها.

(٣) د. بدران أبو العينين بدران في الشريعة الإسلامية ٣٥١ وما بعدها، والشيخ محمد سلام مدكور في الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي، ص ١٤٣ وما بعدها، والدكتور السنهوري في الوسيط، جـ ٨، فقرة ٤٨٣، ص ٧٩٣ وما بعدها.

كل واحد زمناً بمقدار نصيبه، أو مهايأة مكانية بأن ينتفع كل منهم بمكان منه ويتبادلونه بينهم، فإذا لم يمكن شيء من ذلك واختلفوا بيع بيعاً جبرياً وقسم ثمنه عليهم حسب أنصبتهم.

جـ ـ حق المؤلف (الملكية الأدبية والفنية)[1]

التاريخ التشريعي لحماية حق المؤلف:

لم تظهر الحاجة الى حماية حق المؤلف إن كان عالماً أو فناناً على ممتلكاته الأدبية والفنية المبتكرة إلا بعد اختراع المطبعة التي أمكن بها طبع الآلاف من النسخ للمصنف الواحد، مما جعل المؤلف في هذا الوقت يرجو من وراء عمله الفكري ربحاً مادياً كبيراً. ورغم هذا ترك القانون المؤلف دون حماية أحقاباً طويلة، فكانت الثمار المادية لجهوده الفكرية تتناهبها الناس، بيد أن المؤلف في عهد الملكية في فرنسا قبل الثورة، كان يحصل على إذن في طبع كتابه، فكانت حمايته تأتي عن طريق هذا الترخيص الملكي. ثم جاءت الثورة الفرنسية، فعني رجالها بإصدار التشريعات التي تحمي حق المؤلف، فكانت فرنسا هي البادئة بحماية حق المؤلف في عام ١٧٩١م، ثم تلتها انجلترا في عام ١٨١٠م، ثم أمريكا في عام ١٨٣١م.

وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر اشتدت الحركة الدولية التي تطالب بحماية حق المؤلف، وانتهى الأمر الى انشاء الجمعية الأدبية والفنية في شهر ديسمبر من سنة ١٨٧٨ م في باريس، وقد تمكنت هذه الجمعية من عقد معاهدة برن في باريس في ١٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ م بين كثير من الدول لحماية حق المؤلف، وأنشىء اتحاد بين الدول التي أبرمت المعاهدة للعمل على تحقيق أغراضها، كما أنشىء مكتب دولي يتبع حكومة الاتحاد السويسري سمى بمكتب الاتحاد الدولي لحماية المؤلفات الأدبية والفنية. وتوالت المؤتمرات الدولية بعد ذلك لتوسيع نطاق حماية حق المؤلف، فعقد مؤتمر في باريس سنة ١٨٩٦ م، وثان في برلين سنة ١٩٠٨ م، وثالث في روما سنة ١٩٢٨م، ورابع في بروكسل سنة ١٩٤٨ م.

ثم تقدمت مؤسسة اليونسكو التابعة لهيئة الأمم المتحدة، فنظمت عقد اتفاق

---

(١) د. السنهوري في الوسيط، جـ ٨، فقرة ١٦٧، ص ٢٨٢ وما بعدها.

عالمي وقعت عليه في جنيف في ٦ سبتمبر سنة ١٩٥٢ م دول كثيرة، وقد نص في هذا الاتفاق على أنه لا يؤثر بأي وجه في اتفاقية برن، ولا في انضمام أية دولة الى الاتحاد الدولي الذي أنشأته هذه الاتفاقية. وفي خصوص مدة الحماية، وضع اتفاق اليونسكو مبدأ هو أنه لا يجوز أن تقل مدة الحماية عن طول حياة المؤلف وخمس وعشرين سنة بعد موته. أما بالنسبة الى الترجمة، فقد نص الاتفاق على أنه اذا مضى سبع سنوات على تاريخ أول نشر للمصنف دون أن يقوم المؤلف بترجمته الى اللغة القومية لإحدى دول الاتفاق، جاز لأي شخص من رعايا تلك الدولة أن يقوم بتلك الترجمة بعد اتباع اجراءات معينة، مع تعويض المؤلف تعويضاً عادلاً.

وقد وضعت اللجنة القانونية لجامعة الدول العربية في سنة ١٩٤٨ م مشروعاً لحماية حق المؤلف، وأوصى مجلس الجامعة الحكومات العربية باتخاذه قانوناً لكل منها. وتقضي المادة ٢٣ من هذا المشروع بأن ينقضي حق الورثة في استغلال مصنف مورثهم بعد مرور ثلاثين سنة على وفاة المؤلف. كما تقضي المادة ١١ من نفس المشروع بأن يسقط حق المؤلف في ترجمة مصنفه الى اللغة العربية اذا لم يباشر هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره في مدى عشر سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف، وتجوز ترجمة المصنفات الى اللغة العربية بعد مرور سنة من تاريخ طلب الترخيص في ترجمتها من المؤلف أو ممن آل اليه حق الترجمة دون قيامه بها، وفي هذه الحالة يعوض المؤلف أو من آل اليه حق الترجمة تعويضاً عادلاً[١].

د ـ حق المخترع (الملكية الصناعية)[٢]:

الأنواع الرئيسية لحق المخترع:

الأنواع الرئيسية لحق المخترع، أو لما يسمى عادة بالملكية الصناعية ثلاثة هي:

---

(١) وقد صدر في مصر قانون حماية حق المؤلف بالقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ م، وهو يجعل مدة الحماية خمسين سنة من وقت وفاة المؤلف، وعند انقضاء هذه المدة يؤول المصنف الى الملك العام فيصبح من حق كل شخص أن ينشره وأن يباشر عليه حق الأداء العلني دون إذن ودون مقابل. كما يجعل هذا القانون مدة حفظ الحق في الترجمة خمس سنوات فقط من أول نشر للمصنف.

(٢) الوسيط للسنهوري، جـ٨، فقرة ٢٦٩، ص ٤٤٨ وما بعدهما.

(١) براءات الاختراع.
(٢) الرسوم والنماذج الصناعية.
(٣) العلامات والبيانات التجارية.

الشروط الواجب توفرها في الاختراع لمنح براءة تحميه:

الشروط الواجب توفرها في الاختراع لمنح براءة تحميه قانوناً هي:

(١) أن ينطوي الاختراع على ابتكار كأن يخترع دواء جديد لعلاج مرض من الأمراض، أو يجعل جهاز التسخين صالحاً للتبريد في وقت واحد.

(٢) أن يكون هذا الابتكار جديداً، بمعنى أن يكون المخترع الذي يطلب براءة الاختراع قد سبق غيره في التعريف بهذا الاختراع.

(٣) أن يكون هذا الاختراع المبتكر الجديد قابلاً للاستغلال الصناعي، والمقصود بالاستغلال الصناعي ليس هو المعنى الضيق من هذه العبارة، بل كل استغلال اقتصادي ولو لم يكن صناعياً، فتدخل الاختراعات الصناعية والاختراعات في ميادين الزراعة والتجارة والصناعات الاستخراجية كالمناجم والمحاجر، ولكن لا يدخل استنبات محصول جديد في الزراعة أو نوع جديد من البذور. ويستبعد هذا الشرط الابتكارات النظرية البحتة التي لم تعد للاستغلال الاقتصادي، ككشف قانون جديد للجاذبية أو الكثافة، فالعالم الذي يكشف عن نظرية علمية جديدة والتي تسمى بالملكية العلمية لا يجوز أن يطلب عنها براءة اختراع.

(٤) أن لا يكون في الاختراع اخلال بالآداب أو بالنظام العام كمن يخترع آلة للمقامرة، أو من يكشف عقاقير يكون الغرض منها الإجهاض.

الرسوم والنماذج الصناعية:

يعتبر رسماً أو نموذجاً صناعياً كل ترتيب للخطوط أو كل شكل جسم بألوان أو بغير ألوان لاستخراجه في الانتاج الصناعي بوسيلة آلية أو يدوية أو كيماوية.

ومثال الرسم الصناعي الرسوم والنقوش الخاصة بالمنسوجات والسجاجيد

والجلد والورق الخاص بتغطية الجدران وأشغال الإبرة وعلى المجوهرات وما الى ذلك، والرسم الصناعي يطبق على السلعة عند انتاجها صناعاً، فينقل الرسم على كل وحدة من الانتاج بطريقة آلية أو يدوية أو كيماوية.

والنموذج الصناعي هو شكل مجسم أعد لاحتذائه عند الانتاج، فتأتي المنتجات مطابقة للنموذج، مثل نماذج الملابس والأحذية وهياكل السيارات وغيرها.

وكل من الرسم والنموذج الصناعي ينطوي على قدر من الابتكار، ومن هنا كانت حماية القانون له.

العلامات والبيانات التجارية:

العلامات التجارية هي الأسماء المتخذة شكلاً مميزاً، والكلمات، والامضاءات والحروف، والأرقام، والرسوم، والرموز، والأختام، وأية علامة أخرى، أو أي مجموع منها يستخدم، أو يراد به أن يستخدم، إما في تمييز منتجات عمل صناعي أو استغلال زراعي، أو استغلال للغابات أو لمستخرجات الأرض أو أية بضاعة، أو للدلالة على مصدر المنتجات أو البضائع أو نوعها أو مرتبتها أو ضمانها أو طريقة تحضيرها.

فالعلامة التجارية اذن تميز المنتجات والبضائع بحيث يكون معروفاً في الأسواق أن البضاعة التي تحمل هذه العلامة هي بضاعة معينة، فلا تختلط بغيرها من البضائع، ويستطيع طالب هذه البضاعة بالذات أن يطمئن اذا ما وجد العلامة موضوعة على البضاعة التي يتعامل بها.

وليست العلامة التجارية في ذاتها تنطوي على ابتكار، ومع ذلك يحميها القانون لأنها تميز بضاعة تعتبر ذات خصائص مرغوب فيها، فالبضاعة لا العلامة التجارية هي التي تنطوي على الابتكار، ومن أجل ذلك يحميها القانون عن طريق العلامة التجارية.

وتوجد الى جانب العلامات التجارية البيانات التجارية، وهي أيضاً يحميها القانون، ويعتبر بياناً تجارياً كل ايضاح يتعلق بما يلي:

(١) عدد البضائع أو مقدارها أو مقاسها أو كيلها أو طاقتها أو وزنها.
(٢) الجهة أو البلاد التي صنعت فيها البضائع أو أنتجت.
(٣) طريقة صنعها أو انتاجها.
(٤) العناصر الداخلة في تركيبها.
(٥) اسم أو صفات المنتج أو الصانع.
(٦) وجود براءات اختراع أو غيرها من حقوق الملكية الصناعية أو أية امتيازات أو جوائز أو مميزات تجارية أو صناعية.
(٧) الاسم أو الشكل الذي تعرف به بعض البضائع.

فالبيان التجاري لا ينطوي على أي ابتكار، وانما بيان هام يعرِّف الجمهور بالمنتجات أو البضائع التي وضع عليها. وليس المقصود حماية البيان ذاته، بل حماية الناس الذين يتعاملون في هذه المنتجات والبضائع، ويطمئنون الى صحة البيان الموضوع عليها، لذلك يجب أن يكون البيان التجاري مطابقاً للحقيقة من جميع الوجوه.

الفصل الخامس

حماية الملك

أولاً: حماية الملك في الفقه الإسلامي

ضرورة حماية الملك في الإسلام:

حمى اللهسبحانه وتعالى المال المملوك من التلاعب، لأن المال قوام الحياة والمعين على العبادة وعلى فعل الخير، ولأن المال من الضرورات الخمس التي جاء التشريع الإسلامي لحفظها، وهذه الضرورات هي: الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وعلى ذلك فكل ما لا يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعه مصلحة، وما هنا فقد حرَّم الله ورسوله أكل أموال الناس بالباطل، فقال الله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون﴾[1] وقال عز وجل ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾[2]، وعن أبي بكرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: في خطبة النحر بمنى «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»[3]، وبهذا حرم مال المسلم بتاتاً، فكان الاعتداء عليه اهداراً لأوامر الشرع وتجاوزاً لحدوده.

---

(١) سورة البقرة آية ١٨٨.

(٢) سورة النساء آية ٢٩.

(٣) متفق عليه، راجع سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٩٠٨.

طرق حماية الملك في الإسلام:

لحماية الملك في الإسلام طرق كثيرة منها:

(١) توثيق الدين:

أمر الله بكتابة الدين لتوثيقه فقال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل..﴾[1]، فهذا ارشاد من الله لعباده المؤمنين اذا تعاملوا بمعاملات مؤجلة، أن يكتبوها، فيكون ذلك حفظاً لمقدارها وميقاتها وضبطاً للشاهد فيها، وقد نبه الله على ذلك في آخر الآية حيث قال: «ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألّا ترتابوا»، وفي الآية التي تلي هذه الآية مباشرة قال: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾[2] فالأمر بكتابة الدين وأخذ الرهان يدل دلالة قاطعة على مراعاة حفظ الأموال وحماية الأملاك.

(٢) إباحة قتال الإنسان دون ماله:

عن أبي هريرة قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: فقاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد، قال: فإن قتلته؟ قال: « هو في النار»[3]، ومن هنا ذهب الأئمة الأربعة إلى أن الرجل يقاتل عن ماله في حالة الاعتداء عليه، وإذا قتل دون ماله فهو شهيد.

(٣) الحجر:

وهو منع الانسان من التصرف في ماله.

وينقسم الى قسمين:

الأول: الحجر لحق الغير، مثل الحجر على المفلس، فإنه يمنع من التصرف في ماله محافظة على حقوق الغير، وقد حجر الرسول صلى الله عليه وسلم على معاذ

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢.
(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٣.
(٣) نيل الأوطار للشوكاني، دار الجيل بيروت ـ لبنان ١٩٧٣ م، جـ ٥، ص ٣٦٦.

ابن جبل وباع ماله في دينه[1].

الثاني: الحجر لحفظ النفس، مثل: الحجر على الصغير، والسفيه، والمجنون، فإن في الحجر على هؤلاء مصلحة تعود عليهم بخلاف المفلس.

وإذا حجر على الصغير ومنع من تصرفه في ماله صيانة له من الضياع، فإنه لا يمكن منه إلا بشرطين: **الأول**: أن يبلغ الحلم، **الثاني**: أن يؤنس منه الرشد. قال تعالى: «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم»[2].

وكما يحجر على الصغير فإنه يحجر على السفيه البالغ لسفهه وسوء تصرفه. قال تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً﴾[3].

وأما الحجر على المجنون فلأنه لا عقل له، ومن لا عقل له لا يصح تركه وشأنه حتى لا يقضي على أمواله الأشرار.

(٤) قطع يد السارق:

حرم الله السرقة، وجعل الجزاء العادل عليها قطع اليد التي سرقت، فقال تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله﴾[4]، لأن السرقة سبيل غير مشروع للتملك، وانتهاك لحرمة المال، وتعد على ما يقيم أود المسلم وأود أسرته، ثم هي دافع لعدم الحركة وطلب الرزق، وفيها من المساوىء الكثير.

وفي قطع يد السارق زجر له حتى لا يعود الى السرقة مرة أخرى، وردع لغيره حتى لا يرتكب مثل جريمته.

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٢٧٥.
(٢) سورة النساء الآية ٦.
(٣) سورة النساء الآية ٥.
(٤) سورة المائدة الآية ٣٨.

(٥) عقوبة قطاع الطرق (الحرابة):

يقول الله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفون من الأرض﴾(١).

فالاسلام قد فرض على المحاربين أو قطاع الطرق أربع عقوبات هي: القتل، الصلب مع القتل، القطع، النفي.

فالقتل: يجب على قاطع الطريق اذا قتل. والصلب مع القتل وهو مصلوب: يجب عليه اذا قتل وأخذ المال، فهي عقوبة على القتل والسرقة. والقطع: يجب اذا أخذ المال ولم يقتل، فتقطع يده اليمنى ورجله اليسرى. والنفي: يجب اذا أخاف الناس ولم يأخذ مالاً ولم يقتل. وهذا على أن عطف العقوبات بحرف «أو» في الآية للتنويع لا للتخيير، ومقتضاه أن تتنوع العقوبة حسب الجريمة، وأن هذه العقوبات على ترتيب الجرائم لا على التخيير، وهو ما عليه أكثر الفقهاء.

وقال بعض الفقهاء: إن العطف بها يفيد التخيير لا التنويع، ومعنى هذا أن للحاكم أن يتخير عقوبة من هذه العقوبات، حسب ما يراه من المصلحة، بصرف النظر عن الجريمة التي ارتكبها المحاربون(٢).

هذا هو جزاء قطاع الطرق، وحماية المال منهم تتضح أيضاً في أن من تاب منهم لا يقسط المال الذي أخذه رغم توبته، لأنه حق للآدمي، وهذا غاية الاعتناء بالمال ورده الى مستحقه ومالكه.

(٦) تحريم الغصب:

وهو استيلاء الانسان على مال غيره عدواناً وقهراً. وهو محرم بالاجماع لقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة

---

(١) سورة المائدة الآية ٣٣.

(٢) فقه السنة للشيخ السيد سابق، مكتبة دار التراث بالقاهرة، جـ ٢، ص ٤٠٠.

عن تراض منكم﴾[1] وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه»[1].

(٧) تحريم الميسر (القمار):

الميسر هو أخذ الشيء عن طريق الصدفة والحظ. وهو محرم بالاجماع لقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون﴾[3]. ولا شك أن تحريم الميسر موافق لعدل الشريعة، لأنه ليس فيه جهد ولا عمل وكدح، بل هو ابتزاز مال بطريق الصدفة والحظ.

وسر تحريم الميسر أنه مبني على الحظ والمصادفة والمخاطرة، فإن المقامر يخاطر بماله فقد يصبح غنياً وقد يصبح فقيراً، وفيه مجلبة للعداوة والبغضاء، وصد عن ذكر الله وعن الصلاة، لكل ذلك نهى الله عنه حفظاً للمال وحماية له.

(٨) تحريم الربا:

حرم الله الربا بنوعيه: النسيئة، والفضل، لأنه طريق فاسد لابتزاز مال المسلم. وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون، يمحق الله الربا ويربي الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم﴾[4].

ويقول: «يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس

---

(١) سورة النساء آية ٢٩.

(٢) مسند الإمام أحمد بن حنبل، جـ ٥، ص ٧٢.

(٣) سورة المائدة الآيتان ٩٠، ٩١.

(٤) سورة البقرة آية ٢٧٥، ٢٧٦،

أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾[1].

وعن جابر رضي الله عنه أنه قال: «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه وقال هم سواء»[2]. وفي اللعن كفاية لمن يريد الاتعاظ والامتثال لأوامر الشرع.

وقد حرم الإسلام الربا جرياً على مبادئه في المال والأخلاق ومصالح الناس، فليس لأحد أن يبتز أموالهم ويتحين ساعة احتياجهم ويستغل ضعف مواقفهم فيأخذ منهم أكثر مما أعطاهم، هذا الجزء الفائض يستمتع به صاحب المال وهو لا يعمل شيئاً سوى أنه صاحب مال، إن الإسلام يقدس المال ويجعله السبب الأساسي للملك، والربا لا عمل فيه، بل هو درهم يلد درهماً، ودينار يلد ديناراً، والذي يمنح الدرهم ليصبح درهمين، مبغض لدى الآخر، وليس صديقاً له، فالربا ينقل البغضاء والعداوة بين الناس، ويهدم التعاون والتراحم والتوسعة فيما بينهم، ثم هو وسيلة لتضخيم رأس المال على حساب العاملين، فهو لا ينشأ نتيجة جهد أو عمل، بل هو نتيجة وجود مال فائض فقط، فيشيع بينهم البطالة والترهل والكسل على حساب الكادحين الذين يحتاجون للمال أشد الاحتياج.

(٩) تحريم الرشوة:

الرشوة محرمة لما روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي»، وفي حديث ثوبان زيادة «والرائش»[3].

والراشي هو الذي يعطي ليصل الى غير مكانه أو يأخذ غير حقه، والمرتشي هو الآخذ، والرائش هو الذي يمشي بينهما.

ومن أسرار تحريم الرشوة:

---

(١) سورة البقرة آية ٢٧٨، ٢٧٩.
(٢) سبل السلام للصنعاني، جـ٣، ص ٣٦. والمراد من موكله الذي أعطى الربا، لأنه ما تحصل الربا إلا منه فكان داخلاً في الإثم، وإثم الكاتب والشاهدين لإعانتهم على المحظور.
(٣) نيل الأوطار للشوكاني، جـ٨، ص ٢٧٦، وسبل السلام للصنعاني، جـ٣، ص ٤٣.

أ - أنها سبب أكيد ومضمون لقطع الحق من صاحبه وإيصاله الى غيره الذي لا يستحقه.

ب - أنها ترغم - أحياناً - صاحب الحق أن يدفع شيئاً من ماله حتى يدرك حقه، ومما لا ريب فيه أن هذا اغتصاب لمال المسلم.

جـ - إن الذي يأخذها يميل - في كثير من الأحيان - الى الاتكال والسرقة والانتهاب لأموال الآخرين، فإن هو أعطى رشوة عمل، وإن هو لم يعط بقي مخادعاً مخاتلاً في عمله.

د - أنها طريق لنشر الفوضى وهضم الحقوق، وبالتالي فإنها وسيلة لإثارة الحقد والبغضاء، وهذا مخالف لمشروعية التعاون ومبدأ التساند الذي تريده الشريعة الإسلامية.

هذا بالإضافة الى تحريم الغش والغرر، وتحريم الترف والشح، والأمر بالاعتدال في الانفاق، فلا إفراط ولا تفريط، وما كل ذلك إلا محافظة على المال وحماية للملك.

ثانياً: حماية الملك في القانون

يشترك القانون مع الفقه الإسلامي في كثير من طرق حماية الملك في الإسلام السابق ذكرها، إلا أن القانون ينظم تنظيماً خاصاً وسائل حماية حق الملكية، وطريق حماية حق المؤلف، وحق المخترع، ونبين ذلك فيما يلي:

أ - وسائل حماية حق الملكية في القانون[1]:

تتمثل وسائل حماية حق الملكية في القانون في أمرين الأول: دعوى الاستحقاق. الثاني: عدم جواز نزع الملكية جبراً عن صاحبها إلا بشروط.

---

(١) د. السنهوري في الوسيط، جـ ٨، فقرة ٣٦٥، ص ٥٩١ وما بعدها.

(١) دعوى الاستحقاق:

محل دعوى الاستحقاق:

محل دعوى الاستحقاق المطالبة بملكية الشيء. فهي دعوى تقوم لحماية الملكية، وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير يستطيع رفع هذه الدعوى على الغير.

وهي لا تطلق الا على الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعي بالملكية.

طرفا الدعوى:

المدعي في دعوى الاستحقاق هو من يطالب بملكية الشيء، والمدعى عليه هو الحائز لهذا الشيء. وهذا هو الوضع المألوف، لأن المالك لا يطالب عادة بملكية شيء هو في حيازته وتحت يده، وانما يطالب بملكيته عندما يخرج من حيازته الى حيازة شخص آخر، فعندئذ يرفع على الحائز دعوى الاستحقاق مطالباً بالملكية ورد الشيء إليه.

دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة:

تحمي الحيازة دعاوى ثلاث تسمى بدعاوى الحيازة، وهي دعوى استرداد الحيازة اذا فقدها الحائز. ودعوى منع التعرض اذا بقيت الحيازة للحائز ولكن تعرض له فيها أحد، ودعوى وقف الأعمال الجديدة اذا هدد الحائز في حيازته بأعمال لو تمت كانت تعرضاً لهذه الحيازة.

ويقابل دعاوى الحيازة الثلاث هذه دعاوى ملكية ثلاث، مهمتها حماية الملكية لا الحيازة، فيقابل دعوى استرداد الحيازة دعوى استرداد الملكية وهذه هي دعوى الاستحقاق، ويقابل دعوى منع التعرض في الحيازة دعوى منع التعرض في الملكية. ويقابل دعوى وقف الأعمال الجديدة في الحيازة دعوى وقف الأعمال الجديدة في الملكية.

ولما كانت دعاوى الحيازة لا تقتضي إلا أن يثبت المدعي حيازته مستوفية لشرائطها، أما دعاوي الملكية فتقتضي أن يثبت المدعي ملكيته للشي وهو اثبات أشد مشقة بكثير من اثبات مجرد الحيازة، لذلك يلجأ المالك عادة الى دعاوى الحيازة

ليحمي بها حيازته، ولا يتكلف مشقة الإثبات بعد ذلك، بل على من يدعي الملكية أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز، ويتحمل هو دون الحائز عبء اثبات الملكية، وهو عبء شاق ومن ثم حلت دعاوى الحيازة في العمل محل دعاوى الملكية، وأغنت عنها في كثير من الأحوال.

عدم سقوط دعوى الاستحقاق بالتقادم:

ترفع دعوى الاستحقاق في أي وقت يرى من يدعي ملكية الشيء رفعها فيه، فليس لها أجل محدد تزول بانقضائه. واذا كانت الحقوق العينية الأخرى تزول بعدم الاستعمال مدة معينة، والحقوق الشخصية تزول هي أيضاً بالتقادم المسقط، فان حق الملكية، دون غيره من الحقوق، لا يزول بعدم الاستعمال، ومن ثم لا تسقط دعوى الاستحقاق بالتقادم.

ومهما طالت المدة التي يخرج فيها الشيء من حيازة مالكه، فإنه لا يفقد ملكيته بعدم الاستعمال ولكن اذا كان الشيء الذي خرج من حيارته دخل في حيازة شخص آخر، واستطاع هذا الشخص الآخر بموجب هذه الحيازة أن يكسب ملكية الشيء بالتقادم، فإن المالك الأصلي تزول عنه الملكية ولا يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الذي ملك بالتقادم. ويرجع ذلك، لا لأن المالك الأصلي قد فقد ملكيته بعدم الاستعمال أو سقطت دعواه في الاستحقاق بالتقادم المسقط، ولكن لأن هناك شخصاً آخر قد حاز الشيء وكسب ملكيته بالتقادم المكسب[1].

ما يستتبع الحكم باستحقاق العقار من حقوق في الرد:

اذا حكم للمدعي في دعوى الاستحقاق باستحقاق للعقار المدعى بملكيته فانه يحكم في الوقت ذاته على المدعى عليه الحائز للعقار بالزامه بتسليم العقار الى المدعي وقد يكون المدعى عليه هذا قد اشترى العقار من غير مالك ودفع له الثمن، فلا يرجع بالثمن على المدعي الذي استحق العقار لأن هذا لم يكن طرفاً في عقد البيع، وليس ملتزماً بالضمان. وإنما يرجع المدعى عليه بالثمن وبضمان

(١) د. السنهوري في الوسيط، جـ٨، فقرة ٣٧١، ص ٥٩٩، ٦٠٠.

الاستحقاق على البائع الذي اشترى منه العقار، وفقاً لما تقتضي به القواعد العامة في ضمان المبيع.

ويفتح الحكم باستحقاق المدعي للعقار أبواباً لرجوع المالك على حائز العقار، ولرجوع حائز العقار على المالك.

فقد يرجع المالك على حائز العقار في حالة الثمار والمنتجات وهلاك الشيء أو تلفه. وقد يرجع الحائز على المالك في حالة المصروفات التي قد يكون حائز العقار أنفقها والمنشآت التي قد يكون قد أقامها.

ففيما يتعلق بالثمار يقضي القانون بأن يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية. ويكون الحائز سيىء النية مسؤولاً من وقت أن يصبح سيىء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في انتاج هذه الثمار[1].

أما المنتجات، وهي غير الثمار الدورية المتجددة، فهذه يردها الحائز جميعاً - هي أو قيمتها - للمالك.

وفيما يتعلق بالهلاك أو التلف يقضي القانون بأنه اذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه، فلا يكون مسؤولاً قبل من هو ملزم برد الشيء اليه عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع، ولا يكون الحائز مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف: واذا كان الحائز سيء النية فانه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجىء، إلا اذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه[2].

وفيما يتعلق بالمصروفات قضى القانون بأنه على المالك الذي يرد اليه ملكه أن يؤدي الى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية، أما المصروفات

---

(١) انظر المادة ١/٩٧٨، والمادة ٩٧٩ من القانون المدني المصري.

(٢) راجع المادة ٩٨٣، والمادة ٩٨٤ من القانون المدني المصري.

النافعة فيسري في شأنها الأحكام الخاصة بالالتصاق، فاذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء الى حالته الأولى، إلا اذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة[1].

وفيما يتعلق بالمنشآت فانها تصبح ملكاً للمالك بحكم الالتصاق ويعوض المالك من أقام المنشآت[2].

(٢) عدم جواز نزع الملكية جبراً عن صاحبها إلا بشروط:

ينص القانون على أنه: «لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون، وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل»[3].

ويخلص من هذا النص أن لحق الملكية حصانة تدرأ عنه الاعتداء، وأن هناك شروطاً ثلاثة يجب توفرها حتى يجوز قانوناً أن ينزع من المالك ملكه وهي:

١ - أن يكون هناك نص في القانون يجيز نزع الملك، فلا يكفي أن يصدر بجواز نزع الملك قرار إداري مهما علت مرتبته.

٢ - يجب أن تتبع في نزع الملك الاجراءات التي رسمها القانون لذلك، فالانحراف عن هذه الاجراءات وعدم اتباعها بدقة يجعل نزع الملك باطلا.

٣ - يجب أن يعوض المالك عن ملكه تعويضاً عادلاً، يستولي عليه مقدماً في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة.

---

(١) انظر المادة ٩٨٠، والمادة ٩٢٤، والمادة ٩٢٥ من القانون المدني المصري.

(٢) طبقاً للقواعد المنصوص عليها في المواد ٩٢٣ - ٩٣٠ من القانون المدني المصري.

(٣) وهذا نص المادة ٨٥٠ من القانون المدني المصري، ويطابقه نص المادة ٧٢٢ من التقنين المدني السوري والمادة ٨٢٤ من التقنين المدني الليبي، ويوافقه نص المادة ١٠٥٠ من التقنين المدني العراقي إلا أنه زيد عبارة «يدفع إليه مقدماً»، ولا مقابل له في قانون الملكية العقارية اللبناني.

ب ـ طرق حماية حق المؤلف[1]:

(١) الطريق المدني:

يتمثل الطريق المدني في التنفيذ العيني والتعويض. والتنفيذ العيني هو تنفيذ التزام من اعتدى على حق المؤلف عيناً، فتزيل المحكمة كل أثر للاعتداء، ومن ذلك أن تأمر باتلاف نسخ المصنف المعتدى عليه أو صوره التي نشرت بوجه غير مشروع حتى تخرجها عن التداول، وأن تأمر باتلاف المواد التي استعملت في نشره بشرط أن لا تكون صالحة لعمل آخر، فتأمر بإتلاف الاكليشيهات والحروف المجموعة والبروفات ونحو ذلك، ومن ذلك أن تأمر بتغيير معالم الصور أو النسخ أو المواد، أو جعلها غير صالحة للعمل، وذلك لمنعها من التداول بحالتها، وجميع ما تأمر به من ذلك يكون تنفيذه على نفقه الطرف المسؤول، لأنه هو المتسبب فيما وقع.

هذا الى أنه يجوز للمحكمة، فوق ذلك، أن تحكم بالتعويض على المعتدي اذا كان هناك مقتض للحكم بالتعويض.

على أن هناك حالات ثلاثاً يحكم فيها القاضي بالتعويض بدلاً من التنفيذ العيني، وهذه الحالات هي:

١ ـ اذا كان حق المؤلف ينقضي بعد مدة تقل عن سنتين.
٢ ـ اذا كان النزاع المطروح خاصاً بترجمة مصنف الى اللغة العربية.
٣ ـ اذا كان النزاع المطروح خاصاً بحقوق المؤلف المعماري.

(٢) الطريق الجنائي:

من اعتدى على حق المؤلف فقلد المصنف، أو حتى باع المصنف التي يعتبر نشره اعتداء على حق المؤلف ولو لم يشارك في تقليده وهو يعلم بتقليد المصنف، فإنه يعاقب بعقوبة أصلية هي الغرامة بمبلغ معين من المال وعقوبات تبعية هي:

---

(١) د. السنهوري في الوسيط، جـ ٨، فقرة ٢٤٤، ص ٤٢١ وما بعدها.

١ - مصادرة الأدوات المخصصة للنشر ولا تصلح الا له.
٢ - مصادرة جميع النسخ المقلدة.
٣ - نشر الحكم في جريدة أو أكثر تعينها المحكمة على نفقه المحكوم عليه.

جـ - طرق حماية حق المخترع[1]:

تتم حماية حق المخترع في براءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات التجارية بالجزاء المدني والجزاء الجنائي:

الجزاء المدني:

يحكم على من تعدى على حق المخترع بالتعويض، كما يجوز للمحكمة في أية دعوى مدنية أو جنائية أن تحكم بمصادرة الأشياء المحجوزة أو التي تحجز فيما بعد لاستنزال ثمنها من التعويضات أو الغرامات أو للتصرف فيها بأي طريقة أخرى تراها المحكمة مناسبة، ويجوز للمحكمة أيضاً أن تأمر بإتلاف الأشياء المعتدى بها عند الاقتضاء، ويجوز لها كذلك أن تأمر بنشر الحكم في جريدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه لما في ذلك من علانية رادعة.

الجزاء الجنائي:

يعاقب بالحبس مدة معينة وبغرامة محددة أو احدى هاتين العقوبتين كل من اعتدى على حق المخترع بأي وجه من وجوه الاعتداء.

---

(١) المرجع السابق، فقرة ٢٨٠، ص ٤٦١ وما بعدها، ود. مصطفى كمال طه في القانون التجاري مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية ١٩٨١ م، فقرة ٦١٤، ص ٥٧٠ وما بعدها.

الباب الثالث

العقد

- ماهية العقد وأركانه.
- أحكام العقد وتقسيماته.
- انحلال العقد.

الفصل السادس
ماهية العقد وأركانه

أولا: ماهية العقد

العقد في اللغة:

يطلق العقد في اللغة على معان كثيرة يجمعها كلها معنى الربط، والشد، والتوثيق، والأحكام، يقال: عقد الحبل اذا شد طرفيه وربط بينهما. وهذا هو الربط الحسي للعقد، ويشمل أيضا الربط المعنوي كربط الايجاب بالقبول في عقد من العقود.. ويطلق العقد كذلك على الضمان والعهد[1].

العقد في الفقه الاسلامي:

العقد في الفقه الاسلامي لا يبتعد معناه كثيرا عن معناه اللغوي إذ يعرفه علماء الفقه الاسلامي بأنه: ارتباط الايجاب بالقبول على وجه يظهر أثره في المحل[2].

---

(١) مختار الصحاح للرازي، ط، عيسى البابي الحلبي، طبعة عيسى الحلبي وشركاه بالقاهرة، باب الدال ـ فصل العين، ص ١١٤.

(٢) العناية شرح على الهداية لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتي (المتوفى سنة ٧٨٦ هـ) مطبوع بهامش فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية الطبعة الأولى سنة ١٣١٦ هـ بمصر، جـ ٥، ص ٧٤، وانظر أيضاً المادة ٢٦٢ من مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان لمحمد قدري باشا، المطبعة الأميرية بمصر الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٩ م، والمادة ١٠٣، ١٠٤ من المجلة (مجلة الأحكام العدلية) للجنة من كبار ديوان الأحكام العدلية، وضعت في ١٢٩٣/٨/٢٦ هـ، واشتملت على ١٨٥١ مادة موزعة على أبواب الفقه الإسلامي الحنفي المختلفة، طبعة بيروت، تصحيح الشيخ يوسف الأسير، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد بن عرفة الدسوقي، المطبعة الأزهرية عام ١٣٤٥ هـ، جـ٣، ص٥.

وهـذا هو تعـريـف العقد بمعناه الضيق «الخـاص» الـذي لا يشمـل الارادة المنفردة، وهناك تعريف آخر للعقد بمعناه الواسع «العام» وهو كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي، سواء أكان صادرا من شخصين أو أكثر كالبيع والإجارة وغيرهما أم من شخص واحد كالنذر والوقف والوصية والهبة والصدقة والطلاق والإبراء وهو بذلك يشمل العقد بمعناه الضيق كما يشمل الادارة المنفردة[1].

وان المتتبع لكتب الفقه الإسلامي يجد أن العقد بمعناه الخاص هو الشـايع المشهور حتى يكاد أن ينفرد بالاصطلاح، لأننا لا نجد في الوقت نفسه فقيهاً يطلق كلمة عقد ويريد به الطلاق أو الوقف أو الوصية. ولذلك إذا أطلقنا كلمة العقد في دراستنا فإنما نريد به المعنى الخاص دون العام.

العقد في القانون:

العقد في القانون هو توافق ارادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معـين، سواء أكان هذا الأثر انشاء التزام كالبيع أم نقله كالحوالة أو تعديله كتأجيل الدين أو انهاءه كالوفاء بالدين[2].

ويتضح من هذا التعـريـف أن العقد يستلم تـوافق ارادتين أو أكـثر، وعلى ذلك فالتصرف القانوني بارادة منفردة كالوصية والوعد بجائزة لا يعتبر عقداً.

مقارنة:

إذا قارنا بين تعريف العقد في الفقه الإسـلامي بمعناه الخـاص وتعريفـه في القانون نجد أنه ليس بين التعريفين كبير فرق[3] ومع ذلك نلحظ أن العقد بمعناه الخاص لدى فقهائنا ليس هو اتفاق الارادتـين نفسه، بـل الارتباط الـذي يعتبره الشـرع حاصـلا بهذا الاتفـاق، لأنه قـد يحصل اتفـاق الارادتين دون أن تتحقق الشرائط المطلوبة شرعا للانعقاد فلا يعتبر العقد موجودا في هذه الحالة رغم اتفاق

---

(١) الشيخ محمد شعبان، النظرية العامة في المعاملات (نظرية العقد في الشريعة الاسلامية) عـلى آلة كاتبة سنة ١٩٧٤ م القاهرة، ص ٣ وما بعدها.

(٢) كتابنا دروس في نظرية الالتزام، مطبعة الفجر الجديد، منشية ناصر القاهرة ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، ص ٢٠.

(٣) الشيخ محمد شعبان، في المرجع السابق، ص ٥.

الارادتين، فالفقه الإسلامي يعرف العقد بحسب واقعته الشرعية وهي الارتباط الاعتباري لأن العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية لولا الاعتبار الشرعي الذي يعول عليه في النظر الفقهي. في حين أن القانون يعرف العقد بواقعته المادية وهي اتفاق الارادتين، ولذلك فان العقد في القانون يشمل العقد الذي يعتبره الشرع الإسلامي لغواً من الكلام لا نتيجة له، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فان تعريف فقهائنا قد امتاز في تصوير الحقيقة العقدية ببيان الأجزاء التي يتركب منها العقد في نظر التشريع وهي الايجاب والقبول، فاتفاق الارادتين في ذاته لا يعرف وجوده وإنما الذي يكشف عنه هما الايجاب والقبول اللذان يعتبران عناصر العقد الظاهرة بما فيهما من إعراب عن تحرك كل من الارادتين نحو الأخرى وتلاقيهما على الاتفاق، وهذا التحرك والتلاقي هو المعول عليه في معنى الانعقاد، لأنه قد يوجد اتفاق ارادتين على التعاقد ولكن لا يحصل بينهما التقاء لعدم تحرك احدى الارادتين نحو الأخرى كما في حالة الوعد ببيع أو رهن مثلاً، بينما التعريف القانوني يشمل الوعد بعقد لوجود اتفاق الارادتين فيه مع أنه ليس بعقد[1].

وبهذا نعتقد أن تعريف فقهائنا للعقد أقوى تصورا وأحكاما، بينما التعريف القانوني أوضح تصورا وأسهل فهما في طريق التعليم.

التصرف والعقد:

التصرف في الفقه الاسلامي هو كل ما يصدر عن الشخص بارادته ويرتب الشرع عليه نتائج، سواء أكان في صالح ذلك الشخص كالبيع واحراز المباحات أم في غير صالحه المادي كالوقف والوصية.

وعلى ذلك فالتصرف الشرعي يشمل الأقوال عن الشخص كالبيع والهبة والوقف والدعوى والاقرار بحق، كما يشمل الأفعال كاحراز المباحات والانتفاع والاستهلاك والغصب والقتل واتلاف مال الغير[2].

---

(١) ضوابط العقد في الفقه الاسلامي د. عدنان خالد التركماني، دار الشروق، جدة المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م، ص ٢٠، ٢١.

(٢) ضوابط العقد في الفقه الاسلامي د. عدنان التركماني، ص ١٨.

أما التصرف القانوني (العمل القانوني) فهو اتجاه ارادة الانسان الى احداث أثر قانوني يرتبه القانون اعمالاً لهذه الارادة. وهذا التصرف قد يكون عقدا يتم بتوافق ارادتين على الأقل وقد يكون ارادة واحدة[1]. وعلى ذلك فالتصرف القانوني يشمل العقد في اصلاح رجال القانون وهو ـ كما عرفنا ـ توافق ارادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، كعقد البيع وعقد الايجار وعقد العمل وغير ذلك، كما يشمل الارادة المنفردة وهي اتجاه ارادة الشخص الى الزام نفسه دون أن تقترن بارادة أخرى، ومن أمثلتها الوعد الموجه الى الجمهور بجائزة والوصية والوقف وانشاء المؤسسات الخاصة.

وبالمقارنة بين التصرف الشرعي والتصرف القانوني نجد أن الأول أعم من الثاني، لأنه يتضمن فضلا عن العمل القانوني (التصرف القانوني) العمل المادي سواء أكان ضاراً أم نافعاً، ويعني الأقوال التي لا ينطبق عليها وصف التصرف القانوني كالدعوى والاقرار بحق.

واذا أردنا أن نتبين العلاقة بين العقد والتصرف، فاننا نرى أن العقد بمعناه العام في الفقه الاسلامي نوع من التصرف الشرعي لأن التصرف الشرعي يشمل العقد بمعناه العام (الأقوال) كالبيع والشركة والوصية والوقف، كما يشمل تصرفات أخرى ليست من العقد بمعناه العام (الأفعال) كاحراز المباحات والغصب واتلاف مال الغير، فضلا عن بعض الأقوال التي لا ينطبق عليها العقد حتى بمعناه العام كالدعوى فإنها طلب حق أمام القضاء والاقرار فانه مجرد إخبار بحق[2].

أما التصرف القانوني فيرادف العقد بمعناه العام في الفقه الاسلامي بلا فرق.

العقد والالتزام:

يفرق الفقه الاسلامي بين الإلزام والالتزام، فالأول يكون من سلطة حاكمة خارجة عن الملزم، والثاني يصدر ابتداء من الشخص الملتزم اختياراً من قبل

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصده، في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٧٩ م القاهرة، ص ٤٠، ٤١.

نفسه[1].

بينما لا يعرف الفقه القانوني هذه التفرقة، فيشمل الالتزام عندهم الالزام والالتزام في الفقه الاسلامي.

ولا شك أن التفرقة بينهما أكثر دقة، ومن ثم يجب أن نأخذ بهذه التفرقة التي يأخذ بها الفقه الاسلامي، لا سيما أنها تتفق ولغتنا العربية[2].

وعلى ذلك فمن باع إلى آخر شيئا «التزم» بتسليمه للمشتري و«التزم» المشتري بدفع ثمنه للبائع. أما لو أتلف شخص مالاً لغيره فإنه «يلزم» بتعويض صاحبه عنه، ولكن في القانون يقال بأن المتلف «يلتزم» بتعويض التلف، والأصح بأنه يلزم أن لا يلتزم[3].

والالتزام في الفقه الاسلامي كل تصرف يتضمن ارادة انشاء حق من الحقوق، أو انهاء حق أو اسقاطه، سواء أكان ذلك من شخص واحد كالوقف، والطلاق المجرد عن المال، والابراء، أم من شخصين كالبيع والاجارة والطلاق على مال[4].

وعلى هذا فالالتزام في الفقه الاسلامي مرادف للعقد في الفقه الاسلامي بمعناه العام وأعم من العقد في هذا الفقهابمعناه الخاص.

---

(1) راجع في الفقه الحنفي غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحموي، دار الطباعة العامرة ١٢٩٠ هـ بالقاهرة، جـ٢، ص ٢١١، وفي الفقه المالكي الفروق لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي (المتوفى سنة ٦٨٤ هـ) دار احياء الكتب العربية، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٦ هـ بمصر، الفقرة ١٨٣، ص ٢٣١، وحاشية الدسوقي، جـ٣، ص ١٨٤، وفي الفقه الشافعي قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام، طبعة سنة ١٣٥٣ هـ بمصر، جـ٢، ص ١٠٩، وفي الفقه الحنبلي كشاف القناع شرح متن الاقناع لمنصور بن يونس العنقري البهوتي (المتوفى سنة ١٠٥١ هـ) المطبعة الشرقية الطبعة الأولى سنة ١٣١٩ هـ بالقاهرة، جـ٢، ص ١١٧.

(2) فالالزام في الفقه هو ايجاب أمر على شخص والالتزام هو ايجاب الشخص أمراً على نفسه (القاموس المحيط للفيروز آبادي، جـ ٤، فصل اللام ـ باب الميم، ص ١٧٧).

(3) د. عبد الناصر العطار في مبادىء القانون، ط ١٩٧٨ م القاهرة، فقرة ١٣٨، ١٣٩، ص ٢٠٠ وما بعدها.

(4) د. بدران أبو العينين بدران في الشريعة الاسلامية، ص٣٦٦، ٣٦٧.

والالتزام في القانـون واجب قانـوني يقع عـلى عاتق شخص معـين يسمى المدين بمقتضاه يكون على هذا الشخص أن يقوم بأداء مالي لمصلحـة شخص آخر معين أو قابل للتعيين يسمى الـدائن(١). فهو الـوجه المقـابل للحق الشخصي في القانون.

ومصادر الالتزام في القانون والفقه القانوني هي: العقد، والإرادة المنفـردة والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون(٢).

وهـذه المصادر قـد تكون مصـادر ارادية وقـد تكون مصـادر غـير ارادية، فـالمصادر الارادية هي العقد والارادة المنفـردة، ويجمعهـا اصـطلاح واحـد هـو التصـرف القـانـوني أو العمـل القـانـوني. وهي كـل مصـادر الالتـزام في الفقـه الاسلامي.

وأمـا المصادر غـير الارادية فهي العمـل غير المشـروع والاثـراء بـلا سبب والقانون. وهي مصادر الالزام في الفقه الاسلامي، وذلـك لأن هذا الفقـه يفرق ـ كما رأينا ـ بين الالتزام والالزام، والالتزام ينشأ عن الارادة والإلزام ينشأ عن غير الارادة، أما القانون ومعه الفقه القانوني فقد جمعا كل هذه المصادر تحت نوع واحد هو مصادر الالتزام، لأنهما لا يعرفان هذه التفرقة.

ثانياً: أركان العقد

أركان العقد هي الأمور التي لا يتحقق العقد ولا يوجد الا بها. وهي عند غير الحنفية من علماء الفقه الاسلامي:

(١) العاقدان اللذان يصدران الايجاب والقبول.

---

(١) د. محمد لبيب شنب في: دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٧٧/٧٦ م القـاهـرة، ص ٣، ود. منصـور مصـطفى منصـور في مصـادر الالتـزامـات ١٩٧١/٧٠ م، على آلة كاتبة، بحقوق عين شمس، ص ٢ ـ ٤.

(٢) د. جميل الشرقاوي في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٧٥ م، ص ٥٨. ود. محمـد جمـال الـدين زكي، دراسـة في النـظريـة العـامـة لـلالتـزام ط ١٩٦٥/٦٥ م القاهرة، فقرة ١٢، ص ٣٠. ود. عبد المنعم الصدة في مصادر الالتزام، فقرة ٢٨، ص ٣٩.

(٢) المحل الذي يرد عليه العقد ويظهر أثره فيه، وهو المعقود عليه، لأنه هو الملتزم به ولا يوجد التزام بدونه.

(٣) الصيغة الدالة على العقد، لأنه لا يوجد المدلول إلا اذا وجد ما يدل عليه.

وعند الحنفية: الايجاب والقبول فقط، لأن وجودهما يستلزم وجود غيرهما مما لا يتحقق العقد إلا به.

وأركان العقد في القانون هي: التراضي، والمحل، والسبب.

ونبين ذلك فيما يلي:

أ ـ العاقدان:

لا يتصور وجود العقد من غير عاقد يصدر عنه، وهذا لا يكون إلا إنساناً، وليس كل إنسان يصلح لأن يكون عاقداً، بل الأمر حسب الواقع المشاهد مختلف، فمن الناس من لا تصلح عبارته لشيء أصلاً، ومنهم من تصلح عبارته صلاحاً مطلقاً، ومنهم من هو وسط بين النوعين، فتصلح عبارته لنوع من التصرفات دون آخر.

لذلك كان لا بد من وجود شيء آخر غير الانسانية يجعل الشخص صالحا لأن يكون عاقدا، هذا الشيء هو المعبر عنه بالأهلية، ثم إن مجرد وجود الأهلية لا يجعل العقد نافذ المفعول تترتب عليه الآثار، بل لا بد من صفة أخرى يتوقف عليها نفاذ العقد، هذه الصفة هي المسماة بالولاية.

فلا بد اذن لوجود العقد وترتب آثاره عليه من وجود عاقد له أهلية وولاية.

الأهلية[١]

معناها في اللغة: الصلاحية. يقال فلان أهل لهذا العمل أي صالح له[٢].
وفي اصطلاح علماء الفقه الاسلامي هي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله

---

(١) الأستاذ محمد مصطفى شلبي في المدخل، ص ٤٩٠ وما بعدها، ود. أحمد عثمان في منهج الاسلام في المعاملات المالية، ص ١٣ وما بعدها، ومؤلفنا دروس في نظرية الحق، ص ٨٩ وما بعدها.

(٢) رائد الطلاب لجبران مسعود، ص ١٦٨.

صالحا لأن تثبت له الحقوق، وتثبت عليه الواجبات، ويصح منه التصرفات. وتعريفها في القانون هو نفس التعريف الذي اصطلح عليه علماء الفقه الاسلامي، بل إن أحكامها في القانون مأخوذة في جملتها من الفقه الاسلامي، ولذلك فالكلام عنها فيهما واحد في الغالب.

والأهلية بهذا المعنى الواسع المصطلح عليه في الفقه الاسلامي لا تثبت لكل شخص، بل قد تثبت له فيها جزء أو أجزاء على حسب كمال الشخص في جسمه وعقله ونقصانه، وهي تتدرج مع الشخص حتى تصل الى درجة الكمال عندما يصل الى درجة الرشد، فكلما كان الشخص ناقصاً كانت أهليته ناقصة، وكلما قل نقصه زادت أهليته.

فأولى مراحلها ثبوت الحقوق له، ثم ثبوت الحقوق عليه، ثم صحة بعض التصرفات منه، ثم صحة كل تصرفاته. ولهذا قسمها الفقهاء الى قسمين: أهلية وجوب، وأهلية أداء، وكل منهما ينقسم الى قسمين ناقصة وتامة.

فأهلية الوجوب هي: صلاحية الشخص لأن تجب له الحقوق وتجب عليه الواجبات. وهذه الأهلية نوعان: ناقصة وكاملة.

فالناقصة: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له، والكاملة: هي صلاحته لوجوب الحقوق له وعليه.

أما أهلية الاداء: فهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة في نظر الشارع. ومناط هذه الأهلية التمييز والعقل. وهي أيضا ناقصة وكاملة حسبما يوجد عند الشخص من التمييز والعقل، فان كان تمييزه تاما وعقله كاملا كانت أهلية أدائه كاملة وإلا فلا.

والأهلية بأنواعها لا تثبت للانسان مرة واحدة، بل تثبت له شيئاً فشيئاً، وأول ما يثبت له أهلية الوجود الناقصة، ثم أهلية الوجوب الكاملة، ثم أهلية الأداء الناقصة، ثم أهلية الأداء الكاملة. هذا اذا كانت حياته سائرة في طريقها الطبيعي ولم يعرض لها عارض من عوارض الأهلية.

ومن هنا انقسمت حياة الانسان بالنسبة لثبوت أنواع الأهلية الى مراحل أربع:

(١) مرحلة كونه جنيناً. (٢) مرحلة الطفولة وعدم التمييز.

(٣) مرحلة التمييز. (٤) مرحلة البلوغ مع الرشد.

ففي **المرحلة الأولى**: (مرحلة الجنين) يثبت للجنين أهلية وجوب ناقصة، وبها يكون صالحاً لثبوت بعض الحقوق له، لأن انسانيته ليست كاملة، بل هو انسان من وجه دون وجه، فمن حيث أنه يتغذى بغذاء أمه، ويتحرك بحركتها يعتبر كالجزء منها، ومن ناحية أنه يتهيأ للانفصال عنها بعد تمام تكوينه يعتبر انسانا مستقلاً، فمراعاة للناحيتين يثبت له بعض ما يثبت للانسان من بعض الحقوق وهي:

(١) النسب من أبويه.

(٢) الميراث اذا مات أحد مورثيه، فيوقف له أكبر النصيبين من نصيب الذكر أو الأنثى.

(٣) استحقاقه لما يوصي له به أو يوقف عليه. لكن لا تكون ملكيته لما ذكر نافذة إلا اذا ولد حياً، فاذا ولد ميتاً رد ذلك الى أصحابه المستحقين له.

وفي **المرحلة الثانية**: (مرحلة الطفولة) وهي التي تعقب الولادة مباشرة وتستمر إلى وقت التمييز وهو بلوغه السابعة من عمره، يصبح انسانا مستقلاً فتكمل أهلية الوجوب عنده، فتجب له الحقوق وتثبت عليه الواجبات، فيملك الطفل ما يشتري له أو يوهب له، ويلزم بالمهر والنفقة إذا تزوج، ويجب عليه قيمة ما أتلف من مال غيره، وهكذا.

وفي المرحلة الثالثة (مرحلة التمييز): التي تبدأ بعد سن السابعة الى البلوغ والعقل، تثبت له أهلية الأداء الناقصة ليمرن على التصرفات، ولكن تصرفاته تكون تحت رقابة من له الولاية عليه، لأن قصور أهليته يجعله محتاجاً الى ما يكمل أهليته. ومن هنا قسموا التصرفات بالنسبة اليه الى ثلاثة أقسام:

(١) تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وهي تصح منه وتنفذ، ولا تحتاج الى شيء آخر من اذن ولي أو غيره، لأنها خير على كل حال، مثل قبوله الهبة والوصية والوقف.

(٢) تصرفات ضارة ضررا محضا، وهذه لا تصح منه، بل تقع باطلة ولا تنفذ حتى ولو أجازها الولي أو الوصي، لأن كلا منهما لا يملك إنشاء هذه التصرفات إذ أنها مقيدة بما لا يضر الصغير، ومن ذلك هبة الصبي لما له أو

التصدق به ونحو ذلك.

(٣) تصرفات دائرة بين النفع والضرر، بمعنى أنها تحتمل الأمرين كالبيع والشراء والإجارة وسائر عقود المعاوضات المالية. وهذه التصرفات تصح من الصبي المميز، ويتوقف نفاذها على إجازة الولي، أما صحتها فباعتبار ماله من أصل الأهلية، ولاحتمال أنها نافعة، وأما توقفها فلقصور أهلية الصبي، ولاحتمالها الأمرين، فاذا أجازها الولي عرفنا أن جهة النفع فيها راجحة، واذا رفضها عرفنا أنها العكس.

وفي المرحلة الرابعة (مرحلة البلوغ والرشد): يكمل للشخص أهلية الأداء باتفاق. والمراد بالرشد عند جمهور الفقهاء حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية وإن كان فاسقا من الوجهة الدينية. وهذا الرشد قد يأتي مع البلوغ، وقد يتأخر عنه، وقد يتقدم عليه، لكن لا اعتبار له قبل البلوغ.

فاذا بلغ رشيد كملت أهليته وارتفعت الولاية عنه وسلم اليه ماله باتفاق الفقهاء، وإن بلغ غير رشيد بقيت الولاية عليه ولم تكمل أهليته، فتبقى أمواله تحت يد وليه أو وصيه ولا ترتفع الولاية عنه حتى يتحقق رشده وبهذا قال جمهور الفقهاء.

بينما يرى أبو حنيفة أنه اذا بلغ غير رشيد كملت أهليته وارتفعت الولاية عنه، ولكن أمواله لا تسلم اليه على سبيل الاحتياط لا على سبيل الحجر عليه، لأنه لا يرى الحجر على السفيه، ويقرر أن المنع من تسليم أمواله ينتهي بأحد أمرين: إما بالرشد أو ببلوغه خمسا وعشرين سنة وان لم يتحقق رشده.

وليس للرشد سن معينة عند جمهور الفقهاء، لأن النصوص لم تحدد ذلك، بل أناطت تسليم المال اليه بمجموع الأمرين البلوغ وايناس الرشد في قوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم﴾[1].

واذا كانت النصوص الشرعية لم تحدد للرشد سنا معينة، فليس فيها ما يمنع التحديد، ولكنها تركته لأولي الأمر يحددونه حسبما تقضي به المصلحة تبعا لاختلاف البيئات وسهولة المعاملات وتعقدها.

---

(١) سورة النساء آية ٦.

وقد حدد القانون المصري سن الرشد بإحدى وعشرين سنة كاملة[1].

عوارض الأهلية:

قد يطرأ على الشخص ما يؤثر على الأهلية فيزيلها أو ينقصها، أو يعرض له ما يحد من تصرفاته من غير تعرض لأهليته محافظة على ماله إما لمصلحته أو لمصلحة غيره.

فالعوارض التي تعدم الأهلية وتزيلها هي: النوم والاغماء والجنون والسكر عند بعض الفقهاء. وأما التي تنقصها فهي العته خاصة.

أما العوارض التي تحد من تصرفات صاحبها لمصلحته فهي السفه والغفلة، وأما التي تحد من تصرفاته لمصلحة غيره فهي الدين ومرض الموت. كل هذا في الفقه الاسلامي.

أما القانون فيفرق بين عوارض الأهلية وموانعها. فعوارض الأهلية هي الأمور التي تعرض للشخص فتؤثر على التمييز عنده وبالتالي على أهليته وهي: الغيبة، والعاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد، والحكم بعقوبة جنائية[2].

ونتكلم عن حقيقة عوارض الأهلية بشيء من التفصيل فنقول:

النوم: هو فتور طبيعي يعتري الإنسان لا يزيل العقل ولا الحواس الظاهرة بل يعطلها. وعبارات النائم لا اعتبار لها على الاطلاق، لعدم قصده وإرادته.

أما الاغماء: فهو مرض في القلب أو الدماغ يعطل القوى المحركة للانسان أو القوى المدركة فيه ولا يزيل العقل. وهو يشبه النوم في أن كلا منهما يعطل العقل، والقوى الظاهرة، ويفترقان في أن النوم عارض طبيعي، والاغماء غير طبيعي، لذلك كان حكمهما واحدا من ناحية تأثيرهما في التصرفات. فكل عبارة المغمى عليه ملغاة لانعدام القصد والارادة عنده كالنائم

وأما الجنون: فهو اختلال في القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب، فتعطل أفعالها، ولا تظهر آثارها.

---

(١) راجع الفقرة الثانية من المادة ٤٤ من القانون المدني، والمادة ١٨، ١/٤٧ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢م.

(٢) راجع تفصيل ذلك في كتابنا دروس في نظرية الحق ص٩٦ وما بعدها.

وسواء أكان الجنون مطبقا أم متقطعا فهو معدم للأهلية، فلا يصح منه تصرف أصلاً في حالة جنونه، أما ما يصدر منه وقت الإفاقة من الجنون المتقطع فصحيح ما دام عقله سليماً، هذا في الفقه الإسلامي. أما القانون فلم يفرق بين الجنون المطبق والجنون المتقطع في بطلان تصرفات المجنون، طالما صدر التصرف منه بعد تسجيل قرار الحجر عليه(١).

وأما السكر: فهو حالة تعرض للانسان نتيجة تناوله مسكراً، تؤدي به الى تعطيل عقله المميز بين الأمور الحسنة والقبيحة.

والسكر إما مباح كالحاصل من الأدوية من غير تعدي، وإما حرام كالحاصل من الخمر وما في معناها.

ويرى بعض الفقهاء أن عبارة السكران لاغية في كل العقود، سواء أكان نتيجة شيء مباح أم محرم. بينما يرى جمهور الفقهاء أن السكر اذا كان نتيجة تناول شيء مباح فلا أثر لعبارته، أما اذا كان نتيجة تناول محرم كالخمر مثلا اعتبرت عبارته فيما يضره زجرا له وعقاباً على تسببه في الاخلال بعقله.

وأما العته: فهو آفة توجب خللا في العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، وبعضه كلام المجانين، وكذا ساير أموره.

والعته بهذا المعنى لا يذهب العقل بالكلية، بل يكون عند صاحبه بقية منه، وعلى هذا تكون أهليته ناقصة كالصبي في دور التمييز، وقد تقدم تفصيل ما يصح منه وما لا يصح.

هذا هو الأصل في حد العته في الفقه الإسلامي، ولكن بعض علماء الإسلام يرى أن العته نوعان: عته تام وآخر غير تام، والأول يأخذ حكم الجنون لأنه نوع منه يسمى بالجنون الساكن، والثاني يأخذ حكم الصبي المميز.

وقد أبطل القانون تصرفات المعتوه وجعله كالمجنون في تصرفاته(٢).

وأما السفه: فهو خفة تعتري الانسان فتبعثه على العمل بخلاف موجب

---

(١) انظر المادة ١١٤ مدني مصري.

(٢) انظر المادة ١١٤ مدني مصري.

العقل. ويراد به هنا: عدم الإحسان في تصرفاته المالية، فينفقها على خلاف مقتضى الشرع والعقل. فالسفيه ينفق المال من غير نظر وروية في العواقب، سواء أكانت محمودة أم غير محمودة، لأن من عادته التبذير والاسراف.

وهذه الخفة لا تؤثر في أهلية السفيه في الفقه الإسلامي بشيء، لأن كمال الأهلية تابع لكمال العقل؟ والسفيه كامل العقل، غير أنه يسير مع هواه ويكابر عقله. وهذا بخلاف القانون الذي يجعله ناقص الأهلية.

هذا، وقد اختلف علماء الفقه الإسلامي في الحجر على السفيه ومنعه من بعض التصرفات، فذهب أبو حنيفة الى عدم الحجر عليه، مستدلا بأن الشخص اذا بلغ رشيدا كملت أهليته، وارتفعت الولاية عنه، وسلم اليه ماله، فاذا ما عرض له السفه بعد ذلك لا يحجر عليه ولا يسلب منه ماله، لأن في الحجر هدرا لآدميته وحريته، وليس المال بأعز من النفس في موازين الأشياء. أما اذا بلغ عاقلا غير رشيد فيرى أن أهليته تكمل والولاية ترفع عنه ولا يسلم اليه ماله لا حجرا عليه، وانما للاحتياط فقط، حتى اذا رشد بالفعل سلم اليه، فان لم يتحقق رشده وبلغ خمسا وعشرين سنة سلم اليه المال، لأن من وصل الى هذه السن ولم يرشد لا ينتظر منه رشد بعد ذلك، فلا فائدة من حجز المال عنه.

وذهب جمهور الفقهاء الى أنه اذا بلغ سفيها تبقى الولاية عليه، ولا يسلم اليه ماله، وهذا الحجر للمحافظة على ماله، لئلا يكون عالة على الناس بعد إفلاسه. أما اذا بلغ رشيدا ثم عرض له السفه، فان مجرد حدوث السفه يوجب الحجر عليه ولا يحتاج الى صدور حكم من القاضي بذلك، وبهذا قال جمهور الفقهاء، بينما يرى أبو يوسف أنه لا يصير محجورا عليه إلا بعد القضاء، مستدلا بأن السفه أمر تقديري تختلف فيه أنظار العقلاء فرب شخص يرى تصرفا ما سفها بينما لا يراه غيره كذلك، وهذا يحتاج الى قضاء القاضي الذي وظيفته الفصل في المنازعات بين الناس، يضاف الى ما تقدم أن الحجر مبطل لتصرفاته، وفي ثبوت الحجر عليه من غير قضاء الحاق الضرر بمن تعاملوا معه من غير أن يعرفوا حقيقة أمره. وكما أن الحجر عليه لا يكون إلا بقضاء القاضي عند أبي يوسف، كذلك لا يرتفع الحجر إلا بعد القضاء بزواله عندما يتبين للقاضي زوال سفهه. وعلى هذا تكون تصرفاته بعد السفه وقبل القضاء نافذة، وتصرفاته بعد زوال السفه وقبل

القضاء بزواله غير نافذة لفقدان الشرط.

وقد سار القانون على رأى أبي يوسف في إثبات الحجر على السفيه ورفعه[1] وجعل تصرفات السفيه بعد تسجيل قرار الحجر كتصرفات الصبي المميز، وجعل تصرفاته قبل تسجيل قرار الحجر صحيحة إلا اذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ.

وأما الغفلة: فهي عدم الخبرة بالمعاملات ومعرفة نافعها من ضارها، وصاحبها يخدع بسهولة فيلحقه الغبن في معاملاته.

وهذا المعنى لا يوجب الحجر عند الإمام أبي حنيفة، ويوجبه عند صاحبيه والأئمة الثلاثة، فذو الغفلة كالسفيه عندهم سواء بسواء.

ويأخذ ذو الغفلة حكم السفيه في القانون[2].

وأما الدين: فهو عارض يعرض للانسان لا يؤثر في أهليته بالاتفاق، سواء أكان مستغرقا لكل ماله أم غير مستغرق، لكنه يوجب الحد من تصرفاته بالحجر عليه عند جمهور الفقهاء خلافا لأبي حنيفة، حيث لا يرى الحجر عليه، لأن في الحجر اهدارا لحريته وانسانيته، وانما يؤمر بسداد ديونه، فان امتثل فلا يتعرض له بشيء، وان أبى الأداء حبس حتى يرضى بالأداء، فيبيع ماله بنفسه ليؤدي ما عليه، ولا يجوز للقاضي أن يبيع ماله جبرا عنه من غير رضاه، لأن هذا نوع حجر عليه، وهو لا يذهب اليه بالنسبة للحر البالغ العاقل بحال.

أما جمهور الفقهاء فمع اتفاقهم على مبدأ الحجر عليه، إلا أنهم مختلفون في أن يتوقف الحجر عليه على قضاء القاضي أو لا يتوقف؟ فبينما يرى بعضهم أنه يحجر عليه ابتداء من غير قضاء قاض يذهب البعض الآخر الى أنه لا يحجر عليه إلا بقضاء القاضي. وعلى هذا الرأي الأخير تكون تصرفاته قبل القضاء نافذة.

ويظهر أثر الحجر على المدين في أمرين:

---

(١) راجع المادة ٦٥ من المرسوم المصري بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢م، والمادة ١١٢ من القانون المدني المصري.

(٢) انظر كتابنا دروس في نظرية الحق ص٦٨.

أولهما: منعه من التصرفات التي تضر بدائنيه، سواء أكانت تلك التصرفات من التبرعات المحضة كالهبة أم من المعاوضات التي فيها محاباة كالبيع بأقل من القيمة أو الشراء بأكثر منها.

ثانيهما: أن يباع ماله جبرا عنه لتسديد ديونه متى طلب الغرماء ذلك، ولكن يتبع في بيع أمواله الطريقة التي لا يلحقه ضرر منها وهي: أن يبدأ ببيع المنقول الذي يتسارع اليه الفساد، ثم باقي المنقول، ثم العقار، ولا يباع جميع أمواله بل يترك له ما يفي بحاجاته الأصلية من الطعام وكسوة له ولمن تجب نفقتهم عليه، ويراعى في ذلك قدر الكفاية من غير اسراف ولا تقتير[1].

وأما مرض الموت: فهو من العوارض التي تعرض للانسان، وهو لا ينافي أهلية الوجوب، لأنه لا يخل بالذمة، كما لا ينفي أهلية الاداء، لأنه لا يخل بالعقل، فيجب على المريض الحقوق لغيره، وعبارته معتبرة فينعقد بيعه وهبته واجارته، ويصح نكاحه وطلاقه، وسائر تصرفاته، وكان مقتضى ذلك أن لا يتعلق بماله حق لغيره، ولا يحجر عليه في شيء من تصرفاته، لكن لما كان مرض الموت يسلم الى الموت الذي ينهى الذمة ويبطل الملكية جعله الفقهاء موجباً للحجر محافظة على حقوق الورثة والغرماء.

ومما تجدر الاشارة اليه أن هذه الحقوق لا تتعلق بمال المريض الا بعد الموت، وحينئذ لا يثبت الحجر الا في هذا الوقت، وتكون تصرفات المريض قبل الموت صحيحة نافذة، تترتب عليها آثارها اذا كانت قابلة للفسخ، مثل البيع والهبة والوقف والوصية، فاذا تحقق الموت نقض من هذه التصرفات ما يحتاج الى نقضه اذا تعارض مع حق الغرماء أو الورثة ولم يجيزوه.

فاذا كانت التصرفات مما لا تقبل الفسخ كالاعتاق، وقعت صحيحة موقوفة على رضا الدائنين والورثة[2].

---

(١) أ. محمد مصطفى شلبي في المدخل ص٥٠٨.

(٢) راجع تفصيل مرض الموت في مرجع الهامش السابق ص٥١٠ وما بعدها، ود. بدران أبو العينين بدران في الشريعة الإسلامية ص٤٤٨ وما بعدها.

الولاية :

الـولاية في اصـطلاح الفقهاء عبـارة عن سلطة شرعيـة تجعل لمن ثبتت لـه القدرة على إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها، بحيث تترتب عليها آثارها الشرعية بمجرد صدورها.

وهـذه السلطة لا تثبت إلا لمن كان كـامـل أهليـة الأداء، ففـاقـد الأهليـة وناقصها لا ولاية لواحد منهما لا على نفسه ولا على غيره.

وتنقسم الولاية الى ولاية ذاتية وولاية غير ذاتية. فالـولاية الـذاتية وتسمى الولاية القاصرة هي ولاية الانسان على نفسه وماله، وتكون للشخص الذي يتمتع بأهلية أداء كاملة، فكلما كان الشخص أهلاً للتعاقد كانت له ولاية من الشارع على جميع شؤونه المالية وغير المالية، وتكون جميع تصرفاته نافذة وملزمة له ما لم يترتب على نفاذها ضرر بالغير كتصرفات المدين والمريض مرض الموت.

وعلماء القانون لا يسمون هذه ولاية، لأنهم يقصرون الولاية على صلاحية التصرف بالنسبة الى الغير[1].

وأما الولاية غير الذاتية وتسمى الولاية المتعـدية فهي ولايـة الشخص على غيره.

وهذه الولاية إن كان استمدادها من الشارع ابتداء من غير إنابة أحد، فهي ولاية أصلية، كما في ولاية الأب والجد الصحيح «أبي الأب» على الصغير ومن في حكمه، فإنها ولاية تثبت لكل منهما شرعاً على أولادهم بمجرد ولايتهم، ولا يملك أحد التنازل عنها، وتستمر هـذه الولايـة حتى يزول سببهـا وهو الصغـر وضعف العقل.

وإن كانت الولاية مستمدة من الغير، بإنابة شخص أو أشخاص فهي ولاية نيابية، كما في ولاية الوصي الذي أقـامه الأب أو الجـد أو القاضي، فـإن الوصي استمد ولايته ممن أنابه، ولولا هذه الإنابة ما ثبتت له الولاية، ومثلها ولاية الوكيل

---

(١) راجع في هذا كتابنا دروس في نظرية الحق ص٩٠.

فإنه استمدها من الموكل، وكذا الإمام والقاضي كل منهما نائب عن المسلمين، فولايتهما مستمدة منهم.

وتتنوع الولاية المتعدية أيضاً الى ولاية على النفس، وولاية على المال.
فالأولى: تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه، من تأديب وتعليم وتطبيب وتزويج، ومنها ولاية الحضانة، وتجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء عقد زواج المولى عليه وتنفيذه كولاية الأخ الشقيق على أخته فاقدة الأهلية في تزويجها عند عدم الأب أو الجد، كولاية الأب والجد على الصغير ومن في حكمه في ماله ونفسه من رعاية ماله وتربيته وتأديبه.

والثانية: تكون في التصرفات المتعلقة بالمال. وتجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال ومنافعها وتنفيذها، مثل ولاية الأب أو وصيه على أموال الصغير.

وتثبت الولاية على الأشخاص منذ ولادتهم وتستمر حتى يبلغوا الرشد، أما الجنين فلا ولاية لأحد عليه في الفقه الإسلامي، فلو اشترى له شخص شيئاً أو وهب له شيئاً فلا يدخل في ملك الجنين حتى ولو ولد حياً، وإنما تثبت له الحقوق التي ذكرناها عند الكلام على الأهلية. ولكن القانون خالف ذلك فأجاز تعيين وصي للحمل المستكن[1]، وعلل واضعوه ذلك بأن عدم تعيين وصي فيه ضرر بمصلحته لما يترتب على ذلك من ترك أمواله بلا حصر وإيجار وقبض وغير ذلك من الأمور الوقتية التي تقتضي السرعة.

وكما تثبت الولاية على الصغير تثبت على المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة[2].

وتثبت الولاية بوجه عام في الفقه الاسلامي للأب والجد الصحيح والوصي

---

(١) انظر المادة ٢٨، والمادة ٢٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢م المصري الخاص بأحكام الولاية على المال.

(٢) كما جاء بالمادة ٦٥ من قانون الولاية على المال المصري.

من قبل الأب أو الجد والقاضي ووصيه على خلاف بين الفقهاء[1]، وفي القانون تثبت الولاية للأب ثم لوصي الأب ثم للجد الصحيح ثم تكون الولاية للقاضي[2].

ويشترط في الولي:

(١) أن يكون عاقلاً، فلا ولاية للمجنون ولا للصغير على غيرهما، لأن كلا منهما لا ولاية له على نفسه، فلا تكون له ولاية على غيره من باب أولى.

(٢) اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه، فلا ولاية لمسلم على غير مسلم، ولا لغير المسلم على المسلم.

(٣) القدرة على التصرفات التي تدخل في ولايته، مع كونه أميناً، لأن المقصود من الولاية لا يتحقق مع العجز وعدم الأمانة. فإذا كان الولي مستوفياً للشروط، ثم أصبح غير أمين وجب عزله، وإن طرأ عليه العجز لا يعزل، بل يضم اليه القاضي من يعينه ليكمل نقصه.

كما يشترط في المولى فيه: أن لا يكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه، لقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾[3]، وعلى هذا تكون تصرفاته النافعة نفعاً محضاً نافذة كقبول الهبة والوصية، ومثلها التصرفات المحتملة للنفع والضرر كالبيع والشراء ما لم يكن ضرراً ظاهراً، وأما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فلا تنفذ على المولى عليه وذلك كالهبة من ماله او الصدقة أو الطلاق، غير أنه إن أمكن تنفيذها على الولي نفسه نفذت وإلا كانت باطلة.

ب ـ المحل

محل العقد هو ما يقع عليه التعاقد وتظهر فيه أحكام العقد وآثاره. وهو يختلف باختلاف العقود، فتارة يكون عيناً مالية كما في البيع والهبة والرهن، وأخرى

---

(١) راجع في هذا د. بدران في الشريعة الإسلامية ص٤٥٩، ٤٦٠.

(٢) انظر المادة الأولى والمادة ٢٩ من قانون الولاية على المال المصري.

(٣) سورة الأنعام الآية ١٥٢.

يكون عيناً غير مالية كما في الزواج فإن موضوعه المرأة، وقد يقع العقد على منفعة مال كما في عقد الإجارة. وسواء أكان موضوع العقد هذا أم ذاك فلا بد أن تتوفر فيه الشروط الآتية:

(١) أن يكون قابلاً لحكم العقد شرعاً: وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء، فإذا لم يكن قابلاً له لا يصح أن يرد عليه العقد، ومن ثم يكون العقد باطلاً. وعلى هذا فإن الشيء الذي ليس بمال كالميتة، والمال غير المتقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم، والمال المباح لا يصح أن يرد عليه بيع ولا هبة ولا وقف ولا وصية.

وكذلك المرأة المحرمة بالنسبة لشخص معين لا تصلح أن تكون محلاً لعقد الزواج، والعمل المحرم كالقتل والسرقة واتلاف الأموال لا يصلح الاستئجار عليه.

وقد اشترط القانون أيضاً هذا الشرط[١] فاشترط أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه، فإذا كان غير قابل للتعامل فلا يصح أن يكون محلاً للالتزام، ويعتبر المحل غير قابل للتعامل: إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يأبى ذلك، أو كان التعامل فيه غير مشروع لمخالفته النظام العام أو الآداب[٢].

(٢) أن يكون موجوداً عند العقد، أو متوقعاً وجوده في المستقبل حسبما تقتضيه طبيعة العقد: فعقود البيع والهبة والرهن ترد على عين، والعارية والإجارة كلاهما يرد على منفعة، وهي غير موجودة قطعاً وقت العقد، وإنما توجد شيئاً فشيئاً.

وقد اتفق الفقهاء على أن الشيء المعدوم الذي يستحيل وجوده لا يصلح

---

(١) وذلك في المادة ١٣٥ مدني مصري.

(٢) راجع تفصيل ذلك في الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ـ نظرية الالتزام بوجه عام ـ مصادر الالتزام ـ د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة سنة ١٩٥٢م فقرة ٢٢٧ ص٣٩٧ وما بعدها.

أن يكون محلاً للعقد سواء أكان ذلك عيناً أم منفعة، كما إذا تعاقد شخص مع طبيب على علاج مريض توفي، فإن الميت لا يصلح أن يكون محلاً للعلاج، أو تعاقد شخص مع عامل على حصاد زرعه الذي احترق.

كما اتفقوا على أن محل العقد إذا كان منفعة لا يشترط وجودها عند العقد وإنما يشترط إمكان تحققها في المستقبل، لأن طبيعة العقد لا تقتضي وجود محله عند التعاقد حيث إن المنفعة معدومة توجد شيئاً فشيئاً ولا يتصور وجودها دفعة واحدة.

واختلفوا فيما إذا كان العقد وارداً على عين مالية، هل يشترط أن يكون المحل موجوداً في كل العقود، أو أن ذلك شرط في بعضها فقط أو لا يشترط ذلك بل يشترط عدم الضرر وهو ما يقدر على تسليمه سواء أكان موجوداً أم معدوماً؟[1].

فالحنفية ومعهم الشافعية يشترطون أن يكون موجوداً في جميع العقود، لا فرق بين عقد معاوضة وعقد تبرع، فلا يصح عندهم بيع المعدوم ولا هبته ولا رهنه، وكذلك ما لا يتيقن وجوده كالحمل في بطن أمه لاحتمال أن يولد ميتاً.

والمالكية يشترطون ذلك في عقود المعاوضات فقط، وأما عقود التبرعات كالهبة والوقف فيصح أن يكون المحل فيها معدوماً، فإذا وهب ما ينتجه الشجر أو النخيل من الثمر صح، ومع اشتراطهم وجود المحل في عقود المعاوضات فقد جوزوا بيع المعدوم في الخضروات التي تظهر شيئاً فشيئاً كالخيار والبطيخ والباذنجان وما شاكل ذلك، لضرورة أنها لا تظهر دفعة واحدة فلو منع بيعها حتى توجد كلها لوقع الناس في الحرج.

والحنابلة لا سيما ابن تيمية وتلميذه ابن القيم لا يشترطون وجود المحل في أي عقد، فيجوزون بيع المعدوم ما دام خالياً من الغرر، على معنى أن يكون مقدوراً على تسليمه.

---

(١) راجع هذا الاختلاف في المدخل للأستاذ محمد مصطفى شلبي ص٤٨٤، ٤٨٥.

ومنشأ الخلاف بين الفقهاء هو الاختلاف في فهم حديث النهي عن بيع المعدوم، وحديث النهي عن بيع الغرر، فالحنابلة يقولون: إن النهي عن بيع المعدوم ليس لذاته، بل لما فيه من الغرر، فيكون النهي دائراً مع الغرر، وهو عدم القدرة على التسليم. فإذا كان المعدوم يحتمل وجوده مستقبلاً ويقدر على تسليمه حينذاك صحَّ العقد عليه لانتفاء الغرر، ولذلك لا يصح بيع الموجود الذي لا يقدر على تسليمه كالبعير الشارد ونحوه.

بينما يرى غيرهم أن حديث النهي عن بيع المعدوم صريح في دلالته فلا يصح بيع المعدوم مطلقاً كما قال الحنفية والشافعية، أو لا يصح بيع المعدوم في المعاوضات إلا لضرورة كما قال الإمام مالك في بيع الخضروات والفاكهة، وحديث النهي عن بيع الغرر وارد في الموجود الذي لا يقدر على تسليمه كما في البعير الشارد.

والقانون في جملته موافق للفقه الإسلامي بالنسبة لهذا الشرط[1]، حيث يشترط أن يكون المحل موجوداً إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني، وأن يكون ممكناً وجوده في المستقبل إن كان عملاً أو امتناعاً عن عمل، فإذا كان المحل مستحيلاً فإن الالتزام لا يقوم، ويكون العقد باطلاً، والمقصود بالاستحالة المبطلة للعقد هي الاستحالة الطبيعية المطلقة ومثلها الاستحالة القانونية[2].

(٣) أن يكون معلوماً لطرفي العقد علماً ينفي عنه الجهالة المفضية الى النزاع: والعلم به يتحقق بتعينه بالإشارة، أو بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت لا يحتمل تغيره فيه، وكذلك برؤية جزء منه إذا كانت أجزاؤه أو وحداته غير متفاوتة تفاوتاً يعتد به في عرف الناس، كما يتعين أيضاً بالوصف اذا كان مثلياً، وذلك ببيان جنسه ونوعه ووصفه كأردب من القمح الهندي درجة نظافته ٢٣.

---

(١) كما جاء في المادة ١٣١، ١٣٢ من القانون المدني المصري.

(٢) راجع تفصيل ذلك في الوسيط للسنهوري جـ ١، مصادر الالتزام فقرة ٢١٥ ص٣٧٦ وما بعدهما.

وقد اشترط القانون في المحل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين[1]، وفي هذا يقول: «إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً. ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. . ». كأن يتعهد شخص أن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين، أو مدرسة معينة، فالمقدار اللازم من الأغذية قابل للتعيين وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة، وهكذا تجاوز القانون عن الجهالة اليسيرة فيما إذا كان المحل غير معين بالذات.

(٤) أن يكون مقدوراً على تسليمه وقت التعاقد: وهذا في المعاوضات المالية بالاتفاق بين الفقهاء. وفي عقود التبرعات خلاف مالك أيضاً، وعلى هذا الشرط لا يجوز بيع الصيد بعد فراره سواء أكان حيواناً أم طيراً أو سمكاً للعجز عن التسليم، كما لا يجوز إجارة المغصوب لغير الغاصب، وكذا لا يجوز بيعه لغيره لأن مالكه عاجز عن تسليمه.

والقانون لم يشترط هذا الشرط، وإنما اكتفى بالشروط الثلاثة الأولى فقط.

جـ - الصيغة

صيغة العقد عبارة عما صدر فيه من ايجاب وقبول.

وحقيقة الإيجاب أنه ما يذكر أولاً من كلام أحد المتعاقدين أو ما يقوم مقامه مما يدل على الرضا سواء وقع ممن له الملك أو من المتملك.

أما القبول فهو اللفظ أو ما يقوم مقامه الصادر ثانياً الواقع جواباً للأول.

وعلى هذا لو قال البائع مثلاً للمشتري بعتك ثمار هذه الحديقة بمائة ألف ريال فقال المشتري قبلت، كان كلام البائع إيجاباً لأنه صدر أولاً وكلام المشتري قبولاً.

---

(١) راجع المادة ١٣٣ مدني مصري، والوسيط للسنهوري جـ ١ مصادر الالتزام ف ٢٢١ ص٣٨٦ وما بعدها.

ولو قال المشتري في المثال السابق للبائع بعني ثمار هذه الحديقة بمائة ألف ريال، فقال البائع قبلت، كان كلام المشتري إيجاباً لصدوره أولاً، بينما أصبح كلام البائع قبولاً لأنه صدر جواباً، وهذا ماذهب إليه الحنفية والقانون.

أما المالكية والشافعية والحنابلة فيقولون: إن الإيجاب هو ما صدر ممن يكون منه التمليك سواء أصدر أولاً أم ثانياً، والقبول ما صدر ممن يكون له الملك وإن صدر أولاً[١].

ويشترط في الإيجاب والقبول (الصيغة) الشروط الآتية:

(١) أن يكون كل من الايجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين: ويتحقق هذا الوضوح بأن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول في كل عقد تدل لغة أو عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين، فإذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قد قصدا عقداً بعينه لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به.

(٢) أن يتوافق الايجاب والقبول فيما يجب التراضي عليه: فلو اختلفا لم ينعقد العقد، فلو قال البائع مثلاً: بعتك هذا الثوب بمائة ريال. فقال المشتري قبلته بتسعين، فإن البيع لا ينعقد بينهما لاختلاف الإيجاب عن القبول. وقد عبر عن ذلك القانون بأنه يجب أن تتلاقى الارادتان على ثمن معين[٢].

(٣) اتصال القبول بالإيجاب: وهذا الشرط وإن أجمع عليه الفقهاء فإنهم اختلفوا في المراد بالاتصال، فقال الشافعية: إن المراد به كون القبول فور الإيجاب، فإذا توسط بينهما كلام أجنبي، لا يتحقق الاتصال فيبطل العقد، وذلك لأن القبول جواب لما في الإيجاب من إلزام والتزام، فلا بد أن يكون عقبه حتى يلتقي معه، فإذا تراخى انتفى التلاقي.

---

(١) د. أحمد عثمان في منهج الاسلام في المعاملات المالية ص٢٢، ٢٣.

(٢) راجع المادة ٩٧، ٩٨ من القانون المدني المصري.

وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والقانون[1] الى أن الاتصال يتحقق باتحاد المجلس، وليس المراد باتحاد المجلس كون المتعاقدين في مكان واحد، بل المراد به الوقت الذي يكون المتعاقدون مشتغلين فيه بالتعاقد وإن بعدت المسافة بينهما كالمتعاقدين بواسطة المراسلة أو التليفون. هذا إذا لم يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل أجنبي يعتبر ابطالاً للإيجاب كرجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول، أو إعراض القابل عن هذا الإيجاب باشتغاله بشيء آخر غير العقد فإذا لم يحدث شيء من ذلك صح القبول وانعقد العقد.

ومما يجب التنبيه اليه أن اتصال القبول بالإيجاب شرط في جميع العقود ما عدا ثلاثة هي: الوصية والإيصاء والوكالة.

ففي الوصية يكون الإيجاب في حياة الموصي أما القبول فيكون بعد موته ولا أثر له إذا وقع أثناء حياة الموصي لأنها لا تلزم إلا بالموت.

كما أن القبول في الإيصاء (وهو جعل الغير وصياً على أولاده ليرعى شؤونهم بعد موته) لا يلزم أن يكون في مجلس الإيجاب، بل يصح أن يكون في غيره، سواء أوقع في حياة الموصي أم بعد وفاته، لكنه إذا قبل في حياته لا يكون وصياً إلا بعد وفاته.

والوكالة مبنية على التوسعة واليسر فيصح قبولها في مجلس آخر[2].

وتتحقق الصيغة بواحد مما يلي:

أ ـ **الكلام**: اتفق الفقهاء على أن الكلام هو السبيل الأول لإبراز صيغة العقد في الخارج، ولذلك ينعقد به كل عقد أيا كان نوعه، متى كان العاقد قادراً عليه، وبأي لغة متى كان العاقدان يفهمانها، ولا يشترط في اللغة أن تكون فصيحة، بل يصح باللغة العامية، وبأي لفظ متى كان واضح الدلالة على المراد.

---

(١) راجع المادة ٩٤ مدني مصري وشرحها في وسيط السنهوري جـ ١ مصادر الالتزام فقرة ١٠٩ ص٢١٣-٢١٦.

(٢) د. أحمد عثمان في منهج الاسلام في المعاملات المالية ص٢٣-٢٥.

ولم يخرج عن هذا الاتفاق إلا عقد الزواج إذ إن الفقهاء اختلفوا فيما يعقد به من الألفاظ فقال الحنفية إن عقد الزواج يصح بكل لفظ يدل على تمليك العين في الحال كالتمليك والبيع والصدقة والعطية إذا وجدت قرينة دالة على أن المراد بها الزواج كتسمية المهر مثلاً. وقال الشافعية والحنابلة لا ينعقد الزواج إلا بلفظي الزواج والنكاح وما اشتق منهما[1].

ب - **الكتابة**: ينعقد العقد بالكتابة بشرط أن تكون مستبينة بأن تبقى صورتها بعد الانتهاء منها، وأن يقرأ كل من المتعاقدين ما كتبه الآخر ويفهمه، فإذا كتب أحد المتبايعين كلمة الإيجاب، بعت لك هذا الشيء بكذا، فقال الآخر قبلت، وكانت الكتابة مستبينة، وقرأها كل من المتعاقدين وفهمها انعقد البيع حينئذ كما لو تلفظا بهاتين العبارتين، وأما لو كانت الكتابة غير مستبينة كما لو كتب على الماء أو في الهواء، أو كانت باقية، ولكن أحدهما لم يقرأ ما كتبه الآخر، أو قرأه ولم يفهمه، فإن العقد لا ينعقد.

ثم إن الكتابة معتبرة بأي لغة كانت ما دامت مفهومة، ولا يشترط في الانعقاد بها عجز العاقدين عن النطق على الراجح، بل يصح وإن كانا قادرين عليه، وهذا الحكم يسري في كل العقود ما عدا الزواج في حال اجتماع الطرفين في مكان واحد إلا إذا كانا عاجزين عن النطق، لأن عقد الزواج يشترط في صحته حضور الشهود وسماعهما كلام الزوجين وهذا لا يتيسر في الكتابة، ولأن عقد الزواج أساسه العلنية دون السرية وبالكتابة يكون سراً.

أما إذا كان المتعاقدان غير مجتمعين في مكان واحد فإنه يصح انعقاد العقد بالكتابة مطلقاً، سواء أكان العقد زواجاً أم غيره، فإذا وصل الكتاب الى المتعاقد الآخر وقبل في مجلس قراءة الكتاب انعقد العقد، ولكن يشترط في الزواج أن يكون قبوله أمام شاهدين يقرأ عليهما الكتاب الذي فيه

---

(١) راجع تفصيل ذلك في الشريعة الاسلامية للدكتور بدران ص٣٧٩ وما بعدها، وفي المدخل للأستاذ محمد مصطفى شلبي ص٤٤٠ وما بعدها.

الإيجاب ثم يقبل بكلام مسموع لهما.

ومثل الكتابة إرسال رسول الى العاقد الغائب عن المجلس لتبليغ الإيجاب، فإذا قبل المبلغ بالإيجاب في مجلس التبليغ تم العقد، وإن قام من المجلس من غير أن يقبل انتهى الإيجاب حتى ولو قبل بعد ذلك لا ينعقد العقد.

جـ - **الإشارة**: الإشارة إما أن تكون من القادر على الكلام أو من العاجز عنه كالأخرس مثلاً، والعاجز إما أن يكون يحسن الكتابة، أو لا يحسنها. حالات ثلاث يختلف الحكم فيها.

الحالة الأولى: إذا كانت من القادر على الكلام فلا ينعقد بها العقد عند جمهور الفقهاء، لأن الأصل في التعبير عن الإرادة يكون بالكلام ولا يلجأ الى غيره إلا عند العجز.

ولكن المالكية يخالفون في ذلك ويقررون أن الإشارة المفهومة معتبرة في العقود، لأن المقصود هو التعبير عن الإرادة بما يدل عليها، والإشارة المفهمة تدل على ذلك، ولكنهم استثنوا من ذلك عقد الزواج فقالوا: إنه لا ينعقد بالإشارة في تلك الحالة لخطورته ولما يترتب عليه من آثار هامة.

والقانون يوافق ما ذهب اليه المالكية[١] فيقرر: «أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود». وما عليه المالكية والقانون هو الراجح لأن الإشارة المفهمة وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة.

الحالة الثانية: إذا كانت من الأخرس وكان عاجزاً عن الكتابة، فإن عقده ينعقد بشرط أن تكون إشارته مفهمة، فإن كانت غير مفهمة اعتبرت لغواً.

---

(١) في المادة ٦٠ مدني مصري.

الحالة الثالثة: إذا كانت من العاجز الذي يحسن الكتابة فالجمهور يرى أن عقده لا ينعقد بها لعدوله عن الكتابة التي هي أبلغ في الدلالة من الإشارة. حيث إن الكتابة يعرفها كل من يقرأ، بخلاف الإشارة فإنه لا يعرفها كل واحد، فكانت الكتابة أقوى من الإشارة وعند اجتماع الدلائل يقدم الأقوى. وخالف في ذلك المالكية والقانون حيث إن الاشارة المفهمة فيهما ينعقد بها عقد غير الأخرس فمن باب أولى الأخرس ولو كان يحسن الكتابة. وهو الراجح، لأن الإشارة المفهمة ـ كما قلنا ـ تدل على الرضا.

د ـ **الأفعال**[1]: لا خلاف بين الفقهاء في أن الزواج لا ينعقد بالأفعال الدالة على الرضا، فلو أعطى رجل امرأة مبلغاً من المال على أنه مهر بقصد الزواج المتفق عليه بينهما قبل ذلك، فتابعته المرأة من غير أن يتلفظا بعقد وعاشا معها كالأزواج، كانت المباشرة الجنسية الناتجة عن ذلك سفاحاً، لأن عقد الزواج له خطورته لما يترتب عليه من الآثار، وحفظا لكرامة المرأة وصوناً لها من الابتذال لم يبح حلها بفعل يدل على ذلك، ولا بد من القول حتى يسمع شهود العقد ليتحقق الاعلان المأمور به. وألحق الشافعي بالزواج الطلاق والخلع والرجعة فلم يجوزها إلا بالأقوال. ومثل الزواج الوصية فإنه لا يتصور عقدها بالفعل. وأما بقية العقود فللفقهاء فيها ثلاثة أقوال:

الأول: لا تنعقد بالأفعال مطلقاً لعدم قوة دلالتها على التعاقد. لأن الأصل في العقود أن تكون بالألفاظ لوضوح دلالتها، لأن الناس يعبرون بها عن أغراضهم، ولم يعدل عنها الى غيرها إلا في مواضع الحاجة، كالإشارة بالنسبة للأخرس، أو الكتابة لأنها قائمة مقام الكلام، وبهذا قال الشافعي وأحمد في رواية عنه.

الثاني: تنعقد بالأفعال فيما تعارفه الناس سواء أكان حقيراً، أم نفيساً، لأن بعد التعارف عليها واعتياد الناس لها تصير أداة ظاهرة في التعبير عن

---

(١) د. أحمد عثمان في منهج الإسلام في المعاملات المالية ص٣١، ٣٢، والأستاذ محمد مصطفى شلبي في المدخل ص٤٤٧ ـ ٤٥٠.

الإرادة. ومن هذا النوع ركوب السيارة المعدة لنقل الركاب بالأجر، وشراء الصحف والمجلات، والأشياء المحددة الأثمان، ولا يلزم لانعقاد العقد أن يكون التعاطي من الجانبين، بل يكفي أن يكون من جانب واحد، فإذا أخذ البائع الثمن، ولم يعط المبيع، أو أخذ المشتري المبيع، ولم يعط الثمن، صح البيع ولزم، حتى ولو تغير الثمن. وبهذا قال الحنفية.

الثالث: تنعقد بالأفعال مطلقاً متى كان الفعل واضح الدلالة سواء أجرى به العرف أم لا، وسواء أكان خسيساً أم نفيساً، وسواء أكان الفعل من الجانبين أم من جانب واحد، إلا أنه لا يكون لازماً إذا كان من جانب واحد حتى يوجد القبض من الجانب الآخر فيلزم. وبهذا قال المالكية وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل، ووجه هذا الرأي أن الشارع لم يجعل للعقود رسماً خاصاً توجد عليه، وإنما جعل الأساس في إنشائها هو التراضي، ، والتراضي أمر باطني لا يظهر لنا إلا بما يدل عليه، فكل ما دل على وجود التراضي فهو معتبر في نظر الشارع، والأفعال الواضحة لا تقل عن غيرها في الدلالة.

وبالنظر في هذه الآراء على ضوء ما هو مقرر في شريعة الله من أنها جاءت بما يحقق مصالح الناس من غير إيقاعهم في الحرج والعنت، نجد أن أولى الآراء بالاعتبار هو هذا الرأي الثالث، لأنه يتفق والحياة العملية لما فيه من يسر وسماحة.

والقانون يوافق هذا الرأي لأنه كما أجاز التعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، أجاز أن يكون باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود، كعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك. وكما يكون التعبير عن الإرادة صريحاً كما في الحالات السابقة يكون ضمنياً كأن يتصرف شخص في شيء ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه، فذلك دليل على أنه قبل الشراء[1].

---

(١) راجع المادة ٩٠ من القانون المدني المصري، وشرحها في الوسيط للسنهوري جـ ١ مصادر الالتزام فقرة ٧٦ ص١٧٥ ـ ١٧٨.

الفصل السابع
أحكام العقد وتقسيماته

أولًا : حكم العقد

يطلق الفقهاء لفظ الحكم ويريدون به أنواعاً ثلاثة[1] :

الأول: الأثر المترتب من الشارع على العقد، والذي جعل العقد سبيلاً وسبباً اليه، كنقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري، وملكية الثمن من المشتري الى البائع في عقد البيع، ووجوب المهر، وحل ما كان ممنوعاً قبل الزواج لكل من الزوجين في عقد الزواج. وتمليك المؤجر الأجرة، وتمليك المستأجر منفعة العين المؤجرة في الإجارة.

الثاني: الصفات الثابتة للعقد، نتيجة شرعيته أو عدم شرعيته كالصحة والبطلان، أو نتيجة ما للعقد المشروع من قوة تقتضي ترتب آثاره عليه في الحال أو لا تقتضي ذلك كالنفاذ أو الوقف، أو نتيجة ما له من قوة ملزمة لكلا العاقدين أو لأحدهما أو عدم تحققها كاللزوم وعدمه.

الثالث: الصفات الشرعية للعقد من جهة كون الشيء مطلوباً فعله أو مطلوباً تركه. ويشمل ذلك: الوجوب، والندب، والحرمة، والكراهة، والإباحة.

تلك اطلاقات ثلاثة للحكم. ولكن الاطلاق الأول هو الذي يحسن أن تختص به كلمة الحكم. كما يحسن اطلاق لفظ النوع على الاطلاق الثاني. أما الاطلاق الثالث فكثيراً ما اشتهر عند الفقهاء اطلاق لفظ الصفة عليه، وعلى ذلك فيكون المراد بحكم العقد هنا هو الأثر المترتب عليه شرعاً.

---

(١) د. بدران في الشريعة الإسلامية ص٤٨٢، ٤٨٣.

ثانياً: أقسام العقود

تنقسم العقود الى أقسام متعددة تبعاً لاعتبارات مختلفة على النحو الآتي:

(١) بحسب اعتبار الشارع لها وترتب آثارها عليها وعدمه تنقسم الى صحيحة وغير صحيحة.

(٢) بحسب الاكتفاء بإرادة المتعاقدين أو اشتراط شيء آخر معها تنقسم الى عقود عينية وعقود غير عينية.

(٣) بحسب موضوعها والغرض المقصود منها تنقسم الى عقود تمليكات، وإسقاطات، وشركات، واطلاقات، وتقييدات، وتوثيقات، واستحفاظات.

(٣) بحسب اتصال أحكامها بها أو تأخرها عنها تنقسم الى منجزة ومضافة ومعلقة.

(٥) بحسب تسميتها ووضع الشارع أسماء خاصة لها وتكفل التشريع ببيان أحكامه وعدم ذلك تنقسم الى عقود مسماة وغير مسماة.

وقبل أن نتكلم عن هذه الأقسام نشير الى الملاحظات الآتية:

أولاً: إن المراد بالعقد الذي نقسمه العقد بمعناه العام، وهو التصرف الذي ينشأ عنه حكم شرعي، أعم من أن يكون صادراً من شخص واحد كالوقف، أو يكون صادراً من شخصين كالبيع، وليس المراد العقد بمعناه الخاص الذي هو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين، لأن كثيراً من الأقسام التي يذكرها العلماء ضمن أقسام العقود ليست من أفراد العقد بهذا المعنى الخاص.

ثانياً: إن أقسام العقود التي ستذكر قد يتداخل بعضها مع بعض في حالات كثيرة، وقد يكون الشيء الواحد مندرجاً في تقسيمات كثيرة، لاشتماله على معان متعددة.

ثالثاً: إن بعض التقسيمات التي سيرد بيانها لم يذكرها الفقهاء القدامى، كتقسيم العقود الى عينية وغير عينية، وتقسيمها الى مسماة وغير مسماة، إنما تعرض لها رجال القانون، وسايرهم في ذلك فقهاء الشريعة المحدثون.

التقسيم الأول
العقد الصحيح والعقد غير الصحيح

ينقسم العقد بحسب اعتبار الشارع له وترتب آثاره عليه وعدم ذلك، إلى صحيح وغير صحيح، وذلك لأن العقود التي سلمت أركانها وأوصافها من الخلل تسمى صحيحة. أما ا العقود التي أصابها الخلل في ركن من أركانها أو وصف من أوصافها فغير صحيحة بالاتفاق.

ثم اختلف الفقهاء في هذه العقود غير الصحيحة، أتعتبر كلها في درجة واحدة، وتأخذ حكماً واحداً، أم تتفاوت درجاتها؟

فالحنفية يذهبون الى أن العقد غير الصحيح يتنوع إلى نوعين: باطل وفاسد حسب موضع الخلل فيه، فإن كان في ركن من أركانه فهو باطل، وإن كان في وصف من أوصافه فهو فاسد.

أما الجمهور فيرون أن العقد غير الصحيح لا يتنوع، بل هو نوع واحد سواء سمي باطلاً أم فاسداً.

ويرجع هذا الخلاف الى أنه قد وردت نصوص بالنهي عن بعض العقود، منها أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الخمر والميتة والخنزير[1] كما نهى عن بيع الغرر[2]. . الخ.

والناظر في هذه الأحاديث يجد النهي في بعضها راجعاً الى ما في أحد الأركان من خلل، كما في النهي عن بيع الخمر والميتة والخنزير، حيث إن هذه الأشياء غير متقومة، وفي بعضها الآخر نجده راجعاً الى وصف ملازم للعقد كما في النهي عن بيع الغرر.

---

(١) صحيح البخاري جـ٣ ص١٠٤.

(٢) نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار للشيخ الإمام المجتهد العلامة الرباني قاضي قضاة القطر اليمني محمد بن علي بن محمد الشوكاني (المتوفى سنة ١٢٥٥هـ)، دار الجبل، بيروت ـ لبنان ١٩٧٣م، جـ. ٥ ص٢٤٣.

ومن هنا اختلف الفقهاء في أثر هذا النهي ، فذهب الجمهور الى أن النهي مطلقاً يقتضي عدم وجود العقد شرعاً، سواء أكان راجعاً الى أصل العقد (أركانه) أم راجعاً الى وصف ملازم له، فإذا ما وجد عقد من هذا النوع وقع باطلاً، لا يترتب عليه أي أثر من الآثار لأن نهي الشارع عنه يجعله غير مشروع .

أما الحنفية فقالوا إذا كان النهي راجعاً إلى أصل العقد بأن كان الخلل في العاقد أو في المحل أو في الصيغة ـ فالعقد باطل، لأنه ليس له وجود شرعاً ولا يترتب عليه أثر من الآثار، وإن كان النهي لوصف ملازم له اقتضى ذلك بطلان هذاالوصف فقط، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد، لأنه صدر من أهله في محله فيكون فاسداً. فالعقد الفاسد موجود وصحيح بأصله ، والنهي مسلط على الوصف فقط، فلوجود الأصل تترتب عليه بعض آثاره، فيثبت الملك إذا قبض كل من المتعاقدين ما تعاقدا عليه بإذن الآخر، وللنهي عنه كان هذاالملك غير طيب ويجب على المتعاقدين فسخه، فإن فعلا ذلك فبها، وإلا وجب على القاضي فسخه .

وعلى ذلك يمكن تعريف العقد من حيث صحته وعدمها عند الحنفية بما يلي:

أولاً : العقد الصحيح :

هو ما كان صالحاً لترتب الآثار عليه ولا يكون كذلك إلا إذا صدر ممن هو أهل للتعاقد، وكان محله قابلاً لحكم العقد شرعاً، وكانت صيغته سليمة، ولم يرد من الشارع نهي عنه، أو بمعنى آخر ما شرع بأصله (توفرت أركانه) وبوصفه (لم يرد من الشارع نهي عنه).

ثانياً: العقد الباطل:

هو ما كان الخلل فيه راجعاً الى أمر أساسي، أي لم يشرع بأصله، بأن لم يتوفر أحد أركانه، كأن يكون أحد المتعاقدين فاقد الأهلية كالمجنون أو الصبي غير المميز أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو تكون الصيغة غير سليمة، والخلل بهذه الصورة مانع من انعقاد العقد، فالباطل غير منعقد، ولا وجود له شرعاً، ولا عبرة بوجود صورة العقد في الخارج بين المتعاقدين، إذ العبرة بالوجود المعتبر شرعاً الذي يترتب عليه الحكم .

ثالثاً: العقد الفاسد:

هو ما كان الخلل فيه راجعاً إلى وصف من أوصافه اللازمة، أي لم يشرع بوصفه وهذا الخلل لا يمنع انعقاده، لأن الصيغة صدرت سليمة ممن هو أهل لها والمحل قابل لحكمها شرعاً، ولكن صاحب ذلك وصف لازم منهى عنه، كما إذا ابتاع عاقلان مالاً متقوماً بثمن مؤجل الى أجل مجهول يؤدي الى النزاع، أو باع أحدهما مالاً غير معين، أو بمعنى آخر أعم كل عقد فيه جهالة تفضي الى النزاع الذي لا يمكن فصله، أو فيه تغرير بأمر موهوم غير موثوق به. وهكذا فالعقد الفاسد وسط بين الصحيح والباطل، فهو يشبه الأول من ناحية سلامة انعقاده، ويشبه الثاني من جهة تعلق نهي الشارع عنه لما اتصف به.

ورغم أنه يجب فسخ العقد الفاسد إلا أن ذلك مشروط ببقاء المعقود عليه على ما كان عليه قبل القبض فلو هلك أو استهلك أو تغير شكله بأن كان قمحاً فطحنه أو دقيقاً فخبزه، فإنه يمنع الرد وإن كان الإثم باقياً.

ومما تجب ملاحظته أن تقسيم العقد غير الصحيح إلى فاسد وباطل عند الحنفية لا يسري على جميع العقود، بل على طائفة منها فقط. وهي العقود المالية التي توجب التزامات متقابلة من المتعاقدين كالبيع والاجارة والشركة والرهن والمزارعة والمساقاة.

وأما العقود غير المالية كالوكالة والوصاية والزواج على الأصح، والعقود المالية التي ليس فيها التزامات متقابلة كالاعارة والايداع، ومثلها العبادات والتصرفات المنفردة كالوقف والكفالة والاقرار والطلاق وما شاكلها، كل هذا لا فرق فيه بين الفاسد والباطل.

أما الجمهور من غير الحنفية الذين قسموا العقد الى صحيح وغير صحيح فقط، فقد عرفوا العقد الصحيح بأنه ما كان مستوفياً لأركانه وشرائطه بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية بمجرد تمامه، وغير الصحيح ما ليس كذلك، وهو قسم واحد، لا ينعقد به العقد، ولا يترتب عليه أثره الشرعي لأي خلل في العاقد أو المحل أو الصيغة أو في أي وصف اتصل به يخرجه عن مشروعيته، أو بمعنى آخر

سواء أكان الخلل في أصله أم في وصفه، فعقد المجنون، والتعاقد على الميتة، والتعاقد على معين بثمن مؤجل لوقت الميسرة، الى غير ذلك من العقود التي اعترضها ما يخرجها عن مشروعيتها، كلها سواء لا تنعقد عندهم، ولا فرق بين تسميتها فاسدة أو باطلة(١).

هذا، وينقسم العقد الصحيح عند الحنفية والمالكية الى نافذ وموقوف.

فالعقد الصحيح النافذ: هو العقد الذي يصدر عن شخص يتمتع بالأهلية. وله ولاية إصداره، سواء أكانت هذه الولاية أصلية أم نيابية، كالعقد الذي يعقده العاقل الرشيد لنفسه في ماله أو يعقده الوصي أو الولي للقاصر، أو يعقده من وكله غيره توكيلاً صحيحاً.

وحكم هذا العقد أنه تترتب عليه آثاره دون توقف على إجازة أحد، سواء أكان ترتيب الآثار عليه فور صدوره كما في العقد المنجز، أو بعد فترة من الزمن كما في العقد المضاف الى زمن مستقبل.

وأما العقد الصحيح الموقوف: فهو العقد الذي يصدر من شخص له أهلية التعاقد من غير أن يكون له ولاية إصداره كالعقد الذي يصدر من الصبي المميز، ومن في حكمه، إذا كان من العقود التي لا بد فيها من رأي وليه أو وصيه، وعقد الفضولي.

وحكم هذا العقد أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازه من يملك إصداره

---

(١) لكن ما حكم العقد المنهى عنه لوصف غير لازم؟ يرى الحنابلة أن العقد المنهى عنه لوصف غير لازم باطل لعدم مشروعيته، نظراً لظاهر النهي، بينما يرى الجمهور أنه صحيح غير أنه مكروه فقط لأجل النهي. ومن أمثلة العقد المنهى عنه لوصف غير لازم، النهي عن البيع وقت أذان الجمعة الثابت بقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع﴾ سورة الجمعة آية ٩، حيث إن النهي الوارد في هذه الآية ليس لذات البيع، ولا لوصف لازم له، ولكن لأمر يصاحبه، وهو أن الاشتغال قد يؤدي إلى ترك إجابة النداء وليس بلازم، لأنه قد يبيع ولا يترك الإجابة، كما إذا تبايعا وهما ذاهبان إلى الصلاة، وقد يترك الإجابة من غير أن يشتغل بالبيع (ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، د. عدنان التركماني ص ٢٦٣).

إجازة صحيحة، فإن لم توجد هذه الإجازة بطل العقد، وكأنه لم يكن[1].

كما أن العقد الصحيح النافذ في الفقه الإسلامي ينقسم الى عقد لازم وعقد غير لازم.

أ ـ **العقد اللازم**: وهو إما أن يكون:

(١) لازماً لا يقبل الفسخ بطبيعته، فلا يمكن لطرفي العقد أو أحدهما فسخه كالخلع، فإنه لا يمكن نقضه، ولا تحل الزوجة لزوجها بعده إلا بعقد جديد، ومن هذا القبيل أيضا تسليم الشفيع الشفعة بعد الإخبار الصحيح.

(٢) أو لازماً لا يقبل الفسخ إلا بتراضي طرفيه. فيتوقف قبوله الفسخ على رضاء طرفي العقد، كعقد البيع والإجارة والسلم والحوالة والصلح.

ب ـ **العقد غير اللازم**:

وهو ما كان العقد بطبيعته غير لازم للمتعاقدين، ولكل منهما أن يستبد بفسخه، منفرداً دون رأي الآخر أو بموافقته، ويسمى العقد الجائز أيضاً، كعقد الشركة والوكالة والوصية والوديعة والعارية عند الجمهور خلافاً للمالكية الذين قالوا بلزومه إذا كانت محددة وخلافاً للحنابلة الذين قالوا بلزومه إذا كان يحصل بفسخها ضرر للمستعير[2]. فهذه العقود غير لازمة ولكل واحد من طرفي العقد حق الفسخ منفرداً. أو كان العقد لازماً لأحدهما دون الآخر، كعقد الرهن والكفالة، فإن المرتهن والمكفول له كليهما غير ملتزم ومن حق كل منهما أن يفسخ العقد من غير توقف على رضاء الآخر، بينما يكون العقد لازماً بالنسبة للراهن والكفيل.

العقد الباطل والعقد القابل للابطال في القانون[3]

يشترط لانعقاد العقد ووجوده في القانون توفر أركانه وهي التراضي والمحل

---

(١) منهج الإسلام في المعاملات المالية د. أحمد عثمان، ص٣٨، ٣٩.
(٢) ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، د. عدنان تركماني، ص٢٧٣.
(٣) راجع في هذا د. عبدالرزاق حسن السنهوري في الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ـ نظرية =

والسبب، ولكي يستقر العقد نهائياً يجب فوق ذلك أن تتوفر فيه شروط صحته، وهي الأهلية وسلامة الارادة من العيوب.

والجزاء الذي يترتب على تخلف أحد أركان العقد هو بطلانه وعلى تخلف أحد شروط صحته هو قابليته للإبطال.

وعلى ذلك فالعقد الباطل في القانون هو الذي تخلف أحد أركانه، ولا يترتب عليه أي أثر، فهو والعدم سواء.

أما العقد القابل للإبطال فهو الذي تخلف أحد شروط صحته مع توفر أركانه. ويترتب عليه كل آثاره لانعقاده. إلا أنه يكون قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر أو من عيبت إرادته، فإذا تقرر البطلان زال العقد بأثر رجعي، وكأنه لم يكن فيصبح هو والعقد الباطل سواء.

وهذا التقسيم في القانون يشبه الى حد ما تقسيم العقد الى باطل وفاسد في الفقه الحنفي، فالباطل في كل منهما يوافق الآخر، والقابل للإبطال يقابل الفاسد، غير أن العقد القابل للإبطال يكون نتيجة تخلف أحد شروط الصحة وتترتب عليه كل آثاره، إلا أنه يكون قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر أو من عيبت إرادته.

أما العقد الفاسد فيكون الخلل فيه راجعاً إلى وصف من أوصافه اللازمة، للنهي عنه، فهو موجود وصحيح بأصله، لذلك تترتب عليه بعض آثاره فيثبت الملك إذا قبض كل من المتعاقدين ما تعاقدا عليه بإذن الآخر، وللنهي عنه كان هذا الملك غير طيب ويجب على المتعاقدين فسخه، وإلا فسخه القاضي.

= الالتزام بوجه عام الجزء الأول ـ مصادر الالتزام ـ دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٢م بالقاهرة فقرة ٢٩٨ ص ٤٨٦ وما بعدها، ود. عبد المنعم فرج الصدة، في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٧٩ القاهرة، ف ٦٢ ص ٧٨ وما بعدها.

التقسيم الثاني
العقود العينية والعقود غير العينية[1]

يدور تقسيم العقود الى هذا التقسيم على الاكتفاء لتمام العقد وترتب آثاره عليه، على مجرد وجود الصيغة مستوفية لشرائط صحتها (إرادة المتعاقدين) أو الاحتياج الى شيء وراءها فالعقود التي لا يكفي لأجل ترتب الآثار على العقد فيها، مجرد الصيغة المستوفاة للشرائط، بل تحتاج إلى قبض العين، وهي: الهبة، والصدقة، والإعارة، والإبداع، والرهن، والقرض، والصرف، تسمى بلغة الفقه القانوني العقود العينية.

أما العقود التي لا يتوقف تمامها وترتب الآثار عليها، على شيء غير الصيغة، فهي تتم بمجرد الصيغة السليمة من العيوب فتسمى بلغة الفقه القانوني العقود غير العينية وهي تشمل ما عدا العقود السبعة السابقة.

وقد اختلف الفقهاء فيما يتحقق به القبض في العقود العينية، فمنهم من ذهب إلى أنه يتحقق بالتخلية بينه وبين من يكون منه القبض بحيث يتمكن من تسلمه والاستيلاء عليه، وهذا إنما يكون برفع الموانع من القبض. ومنهم من يذهب الى أنه لا بد من القبض الحسي باليد فيما يمكن فيه ذلك كالمنقولات. وأما ما لا يمكن فيه هذا فيكفي فيه التخلية، ويرجع في ذلك الى عرف الناس.

التقسيم الثالث
باعتبار موضوعها والغرض منها[2]

تنقسم العقود بهذا الاعتبار الى مجموعات عديدة، كل مجموعة منها تهدف الى غرض معين، وقد يكون للعقد الواحد أكثر من غرض، لذلك يدخل في عدة مجموعات باعتبارات مختلفة.

ولو استقصينا سائر العقود لحصر أغراضها المتنوعة لطال بنا الكلام، ولكنا

---

(١) د. بدران في الشريعة الإسلامية ص٤٨٨، ٤٨٩.

(٢) أ. محمد مصطفى شلبي في المدخل ص٥٦٦ وما بعدها.

سنقتصر على الأغراض العامة، وهنا نجد العقود، إما أن تكون غايتها التمليك، أو الإسقاط، أو الشركة، أو التفويض والإطلاق، أو التقييد، أو التوثيق والتأمين، أوالحفظ، فهذه أغراض سبعة تتنوع العقود تبعاً لها الى مجموعات سبعة هي:

الأولى ـ عقود التمليكات: وهي التي يكون المقصود منها تمليك الشيء، فإن ورد التمليك على الأعيان كان بيعاً، وإن ورد على المنافع كان إجارة أو إعارة. وقد يكون التمليك بعوض، وقد يكون بغير عوض، ومن هنا كانت عقود التمليك نوعين:

(١) **عقود المعاوضات:** وتسمى عقود المبادلات، وهي التي تقوم على أساس المبادلة بين المتعاقدين، وعلى تملك كل منهما ما للآخر. سواء أكانت المبادلة مبادلة مال بمال كالبيع بجميع أنواعه الشامل للسلم والصرف والقرض والصلح عن إقرار، أم كانت المبادلة مبادلة مال بمنفعة مال كالإجارة والاستصناع والمزارعة والمساقاة والمضاربة، أو كانت مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة مال كالزواج والخلع، أو كانت مبادلة منفعة بمنفعة كقسمة المنافع بطريق المهايأة الزمانية أو المكانية. فكل ما فيه معنى المعاوضة والمبادلة بين طرفيه فهو عقد معاوضة.

(٢) **عقود التبرعات:** وهي العقود التي يكون التمليك فيها بغير مقابل، فإن المتبرع لا يطلب عوضاً عما تبرع به، وذلك مثل الهبة والوصية والوقف والصدقة والاعارة. وإبراء المدين مما عليه حتى لا يبقى للدائن حق في مطالبته به، وكالقرض لأن المقرض متبرع في تمكين المقترض من الانتفاع بالقرض، والمحاباة في عقود المعاوضات، والكفالة بأمر المكفول له، والحوالة إذا لم تكن بأمر المحيل.

هذا وعقود المعاوضات والتبرعات تفيد، تمليك البدل في المعاوضات، وتمليك ما تم عليه التبرع في التبرعات، ولذا أمكن أن يطلق عليهما عقود التمليكات.

الثانية ـ عقود الإسقاطات: وهي التي يكون المقصود منها إسقاط حق من

الحقوق. سواء أكان ذلك في مقابلة شيء أم من غير مقابل، ومن هنا تنوعت الى نوعين:

أ ـ عقود إسقاطات فيها معنى المعاوضة، كالطلاق في نظير مال تدفعه الزوجة، والعفو عن القصاص في مقابل مال يدفعه الجاني.

ب ـ عقود إسقاطات خالصة، كالطلاق المجرد عن المال، والعفو عن القصاص من غير بدل، وإبراء الدائن المدين من الدين.

الثالثة ـ عقود الشركات: وهي التي يكون المقصود منها الاشتراك في نماء المال أو ما يخرج من العمل. وذلك مثل عقود الشركة بأنواعها، وعقود المزارعة والمساقاة.

الرابعة ـ عقود التفويضات والإطلاقات: وهي التي يفوض فيها شخص أو أشخاص لآخر في أن يقوم بعمل، ويطلق يده في التصرف بعد أن كان ممنوعاً منه.

ومن هذا النوع الوكالة، فإن الموكل يفوض الوكيل، وينيبه عنه، ويطلق يده في التصرف الموكل فيه.

وعقد الإيصاء، وهو أن يعهد شخص لآخر في أن يتولى شؤون أولاده القاصرين بعد وفاته فهو بهذا قد فوض اليه التصرف، وأطلق يده في أمر كان ممنوعاً منه، ومنه أيضاً الإذن للمحجور عليه في التصرف، والإذن للصغير المميز بالتجارة، ومنه كذلك تولية الولاة والقضاة.

الخامسة ـ عقود التقييدات: وهي التي يمنع فيها شخص من تصرف كان مباحاً له وذلك كعزل الوكيل عن الوكالة، ومنع المحجور عليه والصبي المميز من التصرف بعد الإذن لهما فيه، وعزل الأوصياء ونظار الوقف والولاة والقضاة، فإن هذه الأمور كلها فيها منع وتقييد بعد اطلاق سابق.

السادسة ـ عقود التوثيقات والتأمينات (الضمانات): وهي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه قبل المدين، ومن هذا النوع الكفالة والحوالة والرهن، فإن الدائن بهذه العقود يؤكد حقه في استرداد دينه، ويبعد عنه احتمال خطر الضياع.

السابعة ـ عقود الاستحفاظات: وهي التي يقصد بها حفظ المال فقط كعقود الإيداع

السابعة ـ عقود الاستحفاظات: وهي التي يقصد منها حفظ المال فقط، كعقد الإيداع، فإن المودع يضع ماله عند المودَع لديه ليحفظه ولا شيء غير الحفظ. وكذلك عقد الحراسة أو العسس.

التقسيم الرابع
العقود المنجزة والمضافة والمعلقة[1]

ينقسم العقد باعتبار اتصال آثار العقد به وقت إنشائه وعدم اتصاله بـه الى ثلاثة أنواع: منجز، ومضاف، ومعلق.

فالعقد المنجز: هو ما كانت صيغته دالة على إنشائه من حين صدوره، وخلا من الاضافة والتعليق.

وحكمه: أن آثاره تترتب عليه في الحال، متى كان مستوفياً أركانه وشروطه المعتبرة فيه، فالبيع المنجز يثبت ملكية الثمن للبائع، وينقل ملكية المبيع للمشتري.

وقد تكون صيغة التنجيز مطلقة، وقد تكون مقيدة. فالمطلقة كأن يقول البائع للمشتري: بعتك هذه الدار بكذا، ويقبل المشتري. والمقيدة هي التي اقترنت بشرط، مثل أن يقول المشتري للبائع: اشتريت منك هذه الدار بكذا على أن أدفع لك الثمن بعد شهرين، ويقبل الآخر، فهذا الشرط غير مانع من افادة الصيغة إنشاء عقد البيع من وقت صدوره وترتب آثاره عليه، غاية ما يفيده تأخر دفع الثمن الى الوقت المحدد بين المتعاقدين، وهذا لا يمنع أن يكون الثمن مملوكاً للبائع من حين العقد.

وتقبل العقود جميعها التنجيز، بناء على أن الأصل في التعاقد، أن يوجد العقد وتتحقق آثاره في الحال، ولم يستثن من ذلك إلا عقدا الوصية والإيصاء، وذلك لعدم قبولهما التنجيز أصلاً، من حيث إن معناهما لا يتلاءم مع التنجيز، فإن الوصية

(١) أ. محمد مصطفى شلبي في المدخل ص٥٧١ وما بعدها، و د. بدران أبو العينين بدران في الشريعة الإسلامية ص٤٩٢ وما بعدها.

تمليك مضاف الى ما بعد الموت، والإيصاء تفويض شخص النصرف في مصالح الصغار إلى غيره بعد موته، فكانت أحكامهما غير مترتبة إلا بعد الوفاة.

والعقد المضاف: هو ما دلت صيغته على إنشائه من حين صدورها على أن لا يترتب عليه حكمه إلا في زمن مستقبل معين يضيفه اليه. مثاله أن يقول شخص لآخر: استأجرت منك هذه الدار بكذا ابتداء من أول الشهر القادم، ويقول الآخر: قبلت. فإن هذه الصيغة دلت على إنشاء عقد الإجارة فور صدورها، ولكن العبارة الزائدة في الصيغة، وهي قوله ابتداء من الشهر القادم، أخرت ترتب الحكم الى مجيء ذلك الوقت المضاف اليه، ولولا هذه الإضافة لترتب الحكم من وقت العقد.

والعقد المضاف يكون كذلك مطلقاً عن التقييد بالشرط، وقد يكون مقيداً به كما إذا قال: أجرتك هذه الأرض لتذرعها مدة ثلاث سنين بكذا ابتداء من العام القادم بشرط أن تدفع لي نصف الأجرة عند ابتداء المدة، ويقول الآخر: قبلت. وتتنوع العقود بالنسبة لقبولها الاضافة وعدم قبولها ذلك الى ثلاثة أنواع:

(١) عقود لا تكون إلا مضافة بطبيعتها، وهي الوصية والإيصاء، فإنه لا يظهر حكمهما إلا بعد الوفاة.

(٢) عقود لا تقبل الاضافة، وهي العقود التي تفيد تمليك الأعيان في الحال، كالبيع، والهبة، والإبراء من ا لدين، والزواج، والشركة، وذلك لأنها عقود يمكن اتصال أحكامها بها من غير تراخ عنها فتأخيره يكون إهمالاً لها وإبقاء لها من غير عمل مدة من الزمان، ولأنها في الأصل موضوعة لإفادة أحكامها في الحال والصيغة المضافة لا تفيد ذلك فتكون بعيدة عن كونها سبباً في هذا النوع فلاينعقد بها العقد.

(٣) عقود تقبل الإضافة، على معنى أنها تصح أن تكون منجزة، ويصح أن تكون مضافة وتشمل العقود الواردة على المنافع كالإجارة والاعارة والمزارعة والمساقاة والمضاربة، والإسقاطات كالطلاق والخلع من جانب الزوج

والوقف، والإطلاقات ـ عدا الايصاء ـ كالوكالة والإمارة، والتوثيقات كالكفالة والحوالة. وذلك لأن العقود الواردة على المنافع لا توجد المنفعة فيها مرة واحدة، بل توجد متدرجة مع الزمن، فإضافتها لا تنافي وضعها، بل معنى الاضافة ملاحظ فيها. والاسقاطات إنهاء لما يملكه العاقد، فله أن ينهيها في الحال وأن يؤخرها فترة من الزمن.

والإطلاقات لا تفيد أحكامها دفعة واحدة، بل تثبت شيئاً فشيئاً، فلا تتنافى معها الإضافة.

والتوثيقات كذلك فقد يكفل الشخص، ولا يطالب بدفع الدين إلا بعد فترة من الزمن، وقد لا يؤدي، وكذلك المحال عليه، ففيها معنى الاضافة فلا يتناقض معها.

والعقد المعلق: هو ما كانت صيغته غير دالة على إنشائه وإمضائه من وقت صدورها، ولكن تدل بأداة من أدوات التعليق كإن وإذا على تعليق هذا الإنشاء وربط وجوده بوجود أمر مستقبل بحيث إن وجد الأمر المستقبل وجد العقد حين وجوده وإن لم يوجد ذلك فلا يوجد العقد. مثل إن سافرت من هذه البلدة فقد وكلتك ببيع منزلي وما فيه من أثاث.

فالعقد المعلق غير موجود عند التكلم بالصيغة، وإنما يوجد عند وجود الأمر المعلق عليه. فالفرق بينه وبين المضاف، أن العقد في حالة الاضافة موجود وقت التكلم، والحكم غير موجود، بل سيوجد عند حلول الزمن المضاف اليه، وفي حالة التعليق كلاهما غير موجود، وإنما يوجدان عند تحقيق المعلق عليه. فإذا قال شخص لآخر: إذا أقرضت فلاناً مبلغ كذا فأنا كفيل به، فإن هذا الكلام لا ينعقد سبباً للكفالة الآن، بل حينما يتحقق الإقراض، فيصبح القائل كفيلاً بعده، ويترتب حكم الكفالة من ذلك الوقت.

ويشترط في المعلق عليه حتى يفيد التعليق الحكم أن يكون معدوماً عند التعليق ممكن الوجود في المستقبل، مثل ما إذا قال شخص عنده مريض: إن شفى الله مريضي لأتصدقن بكذا من المال، فإن الشفاء معدوم الآن، ويحتمل وجوده في المستقبل.

أما إذا كان المعلق عليه موجوداً وقت التكلم فالتعليق صوري، وهو في الحقيقة تنجيز، كما إذا قال شخص لآخر: وهبتك هذه الساعة إن نجحت في الامتحان، وكان في هذا الوقت ناجحاً.

وإذا كان المعلق عليه معدوماً يستحيل وجوده في المستقبل لم ينعقد العقد أصلاً، كما إذا قال رجل لامرأة: زوجيني نفسك، فأجابته بقولها، إن سقطت السماء على الأرض زوجتك نفسي، فإن هذا التعليق مبطل للعقد، لأن الغرض منه واضح، وهو إفهام المخاطب أن إنشاء هذا الزواج مستحيل.

وتنقسم العقود بالنسبة لقابليتها للتعليق الى قسمين. قسم لا يقبل التعليق بحال، وآخر يقبله، وهذا الأخير تحته صنفان: صنف يقبل التعليق بالشرط مطلقاً، وصنف لا يقبل التعليق إلا بالشرط الملائم فتكون ثلاثة أنواع:

النوع الأول: العقود التي لا تقبل التعليق بحال. وتشمل التمليكات سواء أكانت واردة على الأعيان أم على المنافع، المعاوضات منها والتبرعات ما عدا عقد الوصية، كالبيع والهبة والقرض والإجارة والإعارة والمزارعة والمساقاة. وعقود المبادلات غير المالية كالزواج والخلع. والتقييدات كالرجعة والحجر على المأذون له بالتجارة. وكذلك الرهن. والإبراء على الأصح باعتباره تمليكاً للدين لا إسقاطاً له. وإنما منح تعليق هذه العقود لأن الأصل في العقود أن توجد بمجرد وجود الصيغة الدالة عليها، فتعليق وجودها على أمر محتمل الوجود قد يوجد وقد لا يوجد يجعلها مترددة بين الوجود والعدم، فهو أشبه بالقمار والمخاطرة فيكون فيها غرر. فإذا قال شخص لآخر: إن لم أجد لهذا الشيء مشترياً بسعر أغلى مما حددته بعته لك، ويقول الآخر، قبلت، فإن العقد لا ينعقد، بل يكون فاسداً، لأنه لا يدري وقت هذا الكلام، أيوجد بيع في المستقبل أو لا. وكذلك لو قال شخص لآخر: إن وجدت مسكناً غير هذه الدار أجرتها لك بكذا، ويقبل الآخر. أو يقول شخص لآخر: إن جاءني فلان بما عليه من الدين أقرضتك مبلغ كذا. أو يقول الرجل للمرأة تزوجتك إن رضي أهلي، وتقول له قبلت، وهكذا في بقية تلك العقود.

النوع الثاني: عقود تقبل التعليق بكل شرط، سواء أكان ملائماً أم غير

ملائم، ومنها الوكالة والوصية والإيصاء، والإسقاطات كالطلاق والتنازل عن حق الشفعة، والالتزامات التي يحلف بها كالنذر نحو قولك: إن نجحت في الامتحان هذا العام لأتصدقن على الفقراء بمبلغ كذا من المال، فإن هذا يصح، فإذا تحقق الشرط المعلق عليه وهو النجاح لزمه التصدق. وكذلك لو قلت لغيرك: إن وجدت كذا في السوق فاشتر لي منه كذا. فإنه يصح، ويكون وكيلاً عند تحقق الشرط. ولو قال شخص لآخر: إن ملكت هذا المنزل جعلته لك وصية صح، وأيضاً لو قال شخص لآخر إن متّ فأنت وصي على أولادي، كل هذا صحيح.

وإنما صح تعليق هذه العقود، لأنه لا يترتب على تعليقها ضرر بأحد المتعاقدين، ولأنها إما التزام شخصي يتعلق بإرادة الملتزم كما في الإسقاط والنذر، أو اطلاق في التصرف، وهو في معنى التصرف الشخصي كما في الوكالة والإيصاء، وكل ذلك يتعلق بإرادة من صدرت فيه، فهو الذي يكيفها حسبما يريد. والوصية لا ينافيها التعليق، لأنها في الأصل كالمعلقة على الموت، حيث لا تكون إلا بعده، فيصح تعليقها على شيء آخر.

النوع الثالث: عقود يصح تعليقها بنوع من الشروط دون نوع، فيصح تعليقها بالشرط الملائم دون سواه كالحوالة والكفالة والإذن بالتجارة. والشرط الملائم، هو ما كان متفقاً مع مقتضى العقد شرعاً أو عرفاً بأن يكون بين الشرط وما علق عليه مناسبة تقتضي هذا التعليق، كأن يقول شخص لآخر: إن داينت فلاناً فأنا كفيل بهذا الدين، أو إن لم يدفع المدين لك ما عليه من دين فأنا قابل للحوالة على به، أو يقول القيم على الصغير: إن أظهرت مهارة في تصرفاتك فقد أذنت لك بالتجارة. وأما إذا كان الشرط غير ملائم فلا يصح التعليق، كأن يقول شخص لآخر: إن تقدمت في الامتحان فقد تكفلت بمالك من الدين على فلان، أو يقول: إن كان الجو حاراً فقد أذنت لك في التجارة، فإنه لا علاقة بين هذه الشروط وتلك العقود، وهذا التعليق مفسد للعقد، لأنه لا يظهر فيه غرض صحيح.

التقسيم الخامس
العقود المسماة والعقود غير المسماة[1]

تنقسم العقود من حيث تسمية الشارع لها أو عدم تسميتها الى عقود مسماة وعقود غير مسماة.

فالعقود المسماة: هي التي وضع لها التشريع أسماء وأحكام خاصة بها، كالبيع والإجارة، والرهن، والزواج، والخلع، والهبة، والوصية، إلى غير ذلك.

والعقود غير المسماة: هي العقود التي تستجد، وتنشأ تبعاً للحاجة ولم تكن موجودة ومستقرة من قبل، والتي لم يصطلح على اسم خاص لموضوعها، ولم يرتب التشريع لها أحكاماً تخصها تميزها عما سواها من العقود، وهذه العقود كثيرة لا تنحصر، وقد نشأت في الفقه الإسلامي عقود جديدة كثيرة في عصور مختلفة، وأطلق عليها الفقهاء أسماء خاصة، وقرروا لها أحكاماً، فأصبحت بهذا عقوداً مسماة كبيع الوفاء[2]، وكعقد الإجارتين[3] والتحكير[4] في الأموال الموقوفة، وكبيع الاستجرار وهو ما يعرف اليوم باسم «الحساب الجاري».

وقد تبقى بعض العقود بلا أسماء الى أن يصطلح على اسم خاص بها، فمن ذلك في هذا العصر عقد النشر والاعلان في الجرائد، وكذا عقد «المضايفة» وهي النزول في الفنادق بالطعام والشراب، فإنه مركب من عقدين، فهو إجارة بالنسبة للمكان والخدمة، وهو بيع بالنسبة الى الطعام والشراب. فهذا العقد لم يوضع له اسم خاص، رغم شيوعه، وشدة الحاجة اليه.

---

(١) د. بدران في الشريعة الإسلامية ص٥٠٥ وما بعدها، والأستاذ محمد مصطفى شلبي في المدخل ص٥٦٠ وما بعدها، وكتابنا دروس في نظرية الالتزام ص٢٨-٣٠، .

(٢) بيع الوفاء هو أن يبيع المحتاج الى النقد عقاراً على أنه متى رد الثمن استرد العقار المبيع.

(٣) عقد الإجارتين هو أن يتفق متولي الوقف مع شخص على أن يدفع مبلغاً يكفي لتعمير عقار الوقف المبني المتوهن عند عجز الوقف عن التعمير، على أن يكون لدافع المال حق القرار الدائم في هذا العقار بأجر سنوي ضئيل.

(٤) عقد التحكير هو الاتفاق على إعطاء أرض الوقف الخالية لشخص لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم أجرة معجلة ليكون له عليها حق القرار الدائم، ويتصرف فيها بالبناء والغرس وغيرهما كتصرف المالكين، ويترتب عليه أيضاً أجر سنوي ضئيل.

والشرع الإسلامي لم يحصر التعاقد في موضوعات معينة، يمتنع تجاوزها الى موضوعات أخرى، وليس في نصوص الشريعة ما يوجب تحديد أنواع العقود، أو تقييد موضوعاتها إلا بأن تكون غير منافية لما قرره الشرع من القواعد والشرائط العامة في التعاقد.

بيد أن هذا النوع من العقود غير المسماة قد اختلف الفقهاء في اعتباره وعدم اعتباره تبعاً لاختلافهم في مدى حرية العاقد في إنشاء العقود والشروط، فبينما نجد فريقاً ـ كالظاهرية ـ لا يعترفون بأي عقد إلا إذا جاء فيه بخصوصه دليل من نص أو إجماع، لانحصار الأدلة عندهم في هذين.

إذ بنا نجد فريقاً آخر على العكس من ذلك ـ كالحنابلة ـ يذهب الى إباحة كل عقد ما لم يرد بخصوصه نص يمنعه، أو يخالف القواعد العامة القطعية، وهذا المذهب يبيح لكل عاقد أن ينشيء من العقود ما يشاء غير مقيد إلا بقيد واحد، وهو أن يكون بعيداً عن معارضة كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم.

وبين هذين الرأيين نرى جمهور الفقهاء يذهبون مذهباً وسطاً، وهو أن العاقد له الحرية في إنشاء العقود الجديدة، ولكن في نطاق الأدلة التي يستند إليها بعد النص والاجماع.

ونحن لا يعنينا هنا تفصيل هذه المذاهب وذكر أدلتها ومناقشتها، بل نقولها كلمة مجملة: وهي أن ما استند اليه فقهاء الظاهرية من الأدلة على المنع لا يثبت مدعاهم فضلاً عن أنه يبطل ما ذهب إليه مخالفوهم، فحديث «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[1] الذي يعتبر أساس استدلالهم يفيد أن كل عقد يخالف الأدلة الشرعية غير صحيح، والأدلة لم تنحصر في النص والإجماع، بل هناك أدلة أخرى عمل بها المجتهدون بعد عصر النبوة، كالمصالح والعرف والقياس، ويبقى بعد ذلك نصوص في كتاب الله وسنة رسوله توجب الوفاء بالعقود كقوله تعالى: ﴿يا أيها

---

(١) وفي لفظ «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد» (صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٢ ص١٦).

الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[1] وقول الرسول ﷺ : «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً»[2] يؤكد ذلك.

وعلى هذا يكون الرأي الراجح رأي جمهور الفقهاء، وهو أن كل عقد جديد يؤيده قياس أو عرف أو دعت اليه حاجة من غير أن يكون مخالفاً لما في كتاب الله وسنة رسوله حلال مباح.

فأي سماحة بعد مساحة الفقه الإسلامي؟ وأي تيسير أوسع من هذا التيسير؟ وبعد هذا أعجب من أعداء الفقه الإسلامي الذين يتهمونه بالجمود وعدم التطور وحجتهم في ذلك، أنه وقف جامداً أمام ما يتجدد من عقود ومعاملات لا غنى للناس عنها، ويعنون بذلك العقود الربوية التي أقرتها القوانين الحديثة، وتعامل الناس بها.

ونحن إزاء هذه الفرية الظالمة نقول لهم: لم يكن الفقه الإسلامي جامداً في يوم من الأيام، ولا وقف حجر عثرة في سبيل التقدم، وكيف ينسب إليه ذلك مع أنه أقرّ كثيراً من تلك العقود الجديدة التي لم تكن في العهد الأول حين نزول القرآن، وكونه رفض نوعاً أو أنواعاً من هذه العقود، فإنه لم يرفضها لمجرد الرفض، أو لأنه يأبى كل جديد، بل رفضها لأنها تخالف مبادئه العامة وقواعده الكلية، وهو في هذا لم يأت بدعاً، بل شأنه في ذلك شأن القوانين الوضعية فهي لا تقر كل ما يحدثه الناس من عقود على الإطلاق، بل قيدت ذلك بعدم مخالفتها للقانون أو النظام العام.

---

(١) سورة المائدة آية ١.

(٢) سبل السلام للصنعاني جـ ٣ ص٨٨٣. هذا ولا فرق بين مبدأ الشروط ومبدأ العقود، لأن كلا منهما ينشىء التزاماً لم يكن موجوداً قبله.

الفصل الثامن
انحلال العقد

أولاً: انحلال العقد في الفقه الإسلامي

إن المقصود من انحلال العقد في الفقه الاسلامي هو زوال الرابطة الحقوقية التي ربطت المتعاقدين بموضوع العقد.

ومن هذا يتبين لنا أن انحلال العقد لا يكون إلا بعد الانعقاد، وهذا ما يوضح لنا الفرق بين انحلال العقد وبطلانه، ففي حالة البطلان لا يكون للعقد وجود اعتباري في نظر الشرع بمعنى أن العقد في حالة البطلان غير منعقد من أصله. وفي حالة الانحلال يكون العقد موجوداً منتجاً لآثاره بين طرفيه ولكنه بعد الوجود يزول وينعدم بسبب إرادي أو بسببٍ غير إرادي. فإذا أزيل العقد بسبب إرادي سمي ذلك فسخاً، وإذا أزيل العقد بسبب غير إرادي سمي ذلك انفساخاً.

أحوال الفسخ والانفساخ:

(١) الفسخ:

الفسخ هو حل ارتباط العقد بسبب إرادي. وتتنوع قابلية العقود للفسخ الى الأنواع الآتية:

أ ـ عقود لازمة بحق الطرفين: كالبيع والإجارة والصلح فسخها كإنشائها لا

---

(١) د. عدنان خالد التركماني في ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ص٢٥٥ وما بعدها.

يكون إلا باتفاق الطرفين، والفسخ في هذه الحالة يسمى إقالة، وكل العقود قابلة للفسخ إلا النكاح والطلاق.

ب ـ عقود غير لازمة بحق الطرفين: كالشركة والوكالة والوصية والوديعة، فإنها تفسخ برغبة كل واحد من طرفي التصرف.

جـ ـ عقود لازمة بحق طرف دون آخر: كالرهن، فإنه يفسخ برغبة من ليس لازماً بحقه وهو الدائن المرتهن.

وهذا الأمر ينطبق على العقود اللازمة للطرفين إذا طرأ عليها ما يسلب عنها صفة اللزوم في حق أحد الطرفين كما هو الحال في خيار العيب والشرط وغيرها من الخيارات، فإنها تفسخ من قبل الطرف الذي تعيبت إرادته أو من قبل الذي له الخيار.

(٢) الانفساخ:

الانفساخ هو انحلال ارتباط العقد بسبب غير إرادي، ويكون في كل عقد استحال تنفيذه، كما في الأمثلة الآتية:

أ ـ ينفسخ البيع بهلاك المبيع المعين قبل تسليمه لاستحالة تنفيذ العقد بالتسليم الذي يوجبه عقد البيع بعد هلاك محله.

ب ـ تنفسخ الشركة والمزارعة والمساقاة بموت أحد العاقدين، لأن هذه العقود تنشيء التزامات عملية ذات آثار متجددة مطلوبة من العامل وصاحب العمل. وهي تنفيذ التزامات معينة تعتمد على بقاء العاقد علاوة على بقاء المحل[١].

---

(١) والقول بانفساخ المزارعة والمساقاة بموت أحد الطرفين مبني على القول بعدم لزومها، وأما على القول بلزومها فإذا مات أحدهما قام وارثه مقامه، ولكن إذا كان الميت هو العامل فأبى وارثه القيام مقامه لم يجبر، لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على مورثه، إلا ما أمكن دفعه من تركته، والعمل ليس ما يمكن ذلك فيه. فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل، فإن لم تكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها فلصاحب المال الفسخ.

نتائج انحلال العقد:

المبدأ العام في نتائج انحلال العقد سواء أكان بالفسخ أو الانفساخ أنه يوجب إعادة المتعاقدين الى سابق وضعهما قبل التعاقد، ولكن هذا المبدأ العام في نتائج انحلال العقد لا يسري على جميع العقود بصورة منتظمة لوجود عقود لا يمكن فيها إعادة العاقدين الى سابق وضعهما قبل التعاقد.

وبناء على ذلك نوضح الآن مدى انطباق هذا المبدأ العام في نتائج الانحلال على مختلف أنواع العقود:

أ - إذا كان العقد من عقود المعاوضات المالية الجارية في غير المنافع كالبيع والقسمة والصلح، ثم انحل العقد بأحد أسباب الانحلال، وجب التراد، أي نقض التنفيذ الحاصل، فعلى البائع إعادة الثمن إلى المشتري وعلى المشتري إعادة المبيع كله أو بعضه. وهكذا في بقية العقود.

ب - إذا كان العقد من العقود الزمنية المستمرة كالإجارة، وكان قد تم تنفيذها تماماً، لا يمكن فسخها بعد استيفاء كامل النفع وانقضاء مدة الإجارة ففي هذه الحالة لا تقبل الإقالة، لأن التراد فيها غير ممكن ما دام الزمن عنصراً فيها والزمن لا يمكن رده.

وإذا كانت العقود الزمنية قبل نهايتها كالإجارة التي مضى من مدتها قسم وبقي قسم آخر، فانها تقبل الفسخ بالنسبة لما يأتي من مدتها دون ما قد مضى منها، فان ما مضى يجري على حكم العقد ويكون للمؤجر حصة الزمن الماضي من الأجرة المتفق عليها.

ثانياً: انحلال العقد في القانون[1]

يفرق الفقه القانوني بين زوال العقد بالانقضاء والانحلال والابطال فيقول: إن العقد ينقضي بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها، وهذا هو مصيره المألوف. ولكنه

---

(١) د. السنهوري في الوسيط جـ ١، مصادر الالتزام، فقرة ٤٥٦ ص٦٨٩ وما بعدها.

قد يزول قبل تمام تنفيذه، أو قبل البدء في تنفيذه، فينحل. فالفرق اذن بين انحلال العقد وانقضائه أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل أن يتم تنفيذه، والانقضاء لا يكون إلا عند تمام التنفيذ.

وانحلال العقد غير ابطاله[1]، كلاهما زوال للعقد، ولكن الانحلال يرد على عقد ولد صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي، أما الابطال فيرد على عقد ولد غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال. والعقد في حالة الإبطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعي، لا يزول فحسب، بل يعتبر كأن لم يكن.

وينحل العقد قانوناً باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون. فالانحلال باتفاق الطرفين هو التقايل، أما الأسباب التي يقررها القانون لانحلال العقد فأهمها الإلغاء بارادة منفردة والفسخ، ونوجز ذلك فيما يلي:

التقايل:

قد يتقايل المتعاقدان بأن يتفقا على الغاء العقد، والتقايل يكون بايجاب وقبول، صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر في العقد الأصلي. والأصل أن التقايل ليس له أثر رجعي، فيكون هناك عقدان متقابلان، فاذا تقايل المتبايعان البيع، كان هناك عقد بيع أول من البائع الى المشتري، يعقبه عقد بيع ثان من المشتري الى البائع. وقد يتراضى المتبايعان على أن يكون للتقايل أثر رجعي فيعتبر البيع بهذا التقايل كأن لم يكن.

وسواء أكان للتقايل أثر رجعي أم لم يكن له هذا الأثر، فهو على كل حال، بالنسبة للغير، عقد ثان أعقب العقد الأول، ويترتب على ذلك أنه اذا كان العقد الذي حصل التقايل فيه قد نقل ملكية عين ورتب من انتقلت اليه الملكية حقوقاً للغير على هذه العين، فالتقايل لا يمس حقوق الغير، وترجع العين الى مالكها الأصلي مثقلة بهذه الحقوق.

---

(١) مع ملاحظة أن القانون يفرق بين ابطال العقد وبطلانه، راجع العقد الباطل والعقد القابل للابطال في القانون ص ١٧٢.

الإلغاء بارادة منفردة:

قد يجعل القانون لأحد المتعاقدين الحق في أن يستقل بـالغاء العقـد. نص القانون على ذلك في عقود كثيرة نذكر منها: الوكالة، والعارية، والوديعة.

ففي الوكالة يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة، كما يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن التوكيل[١].

وفي العارية يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية، ويجوز للمعير أن يطلب انهاء العارية قبل انقضائها في أحوال معينة[٢].

وفي الوديعة يجب على المودَع عنده أن يسلم الشيء الى المودِع بمجرد طلبه إلا اذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودَع عنـده، وللمودَع عنـده أن يلزم المودِع بتسلم الشيء في أي وقت إلا اذا ظهر من العقـد أن الأجل عـين لمصلحة المودِع[٣].

الفسخ:

في العقود الملزمة للجانبين، اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جـاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد[٤]، وللقاضي سلطة تقدير هذا الطلب[٥].

والأصل في الفسخ أن يكون بحكم القاضي، وقد يكون باتفاق المتعاقدين، ويكون في بعض الأحوال بحكم القانون، ويسمى عند ذلك انفساخاً.

---

(١) انظر المادة ٧١٥، والمادة ٧١٦ من القانون المدني المصري.

(٢) راجع المادة ٣/٦٤٣، والمادة ٦٤٤ مدني مصري.

(٣) راجع المادة ٧٢٢ مدني مصري.

(٤) والفسخ في القانون هو انحلال للعقد بأثر رجعي، ويختلف عن الالغـاء في أنه يتم عـادة بحكم قضائي.

(٥) ويجوز للمتعاقد أيضاً أن يوقف تنفيذ العقد من جانبه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ.

وحتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد بحكم القضاء يجب أن تتوفر ثلاثة شروط هي[1]:

(١) أن يكون العقد ملزماً للجانبين.
(٢) أن لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.
(٣) أن يكون المتعاقد الذي يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة، وقادراً على اعادة الحال الى أصلها اذا حكم بالفسخ من جهة اخرى.

فاذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ للقضاء بعد اعذاره للمدين مطالبا إياه بالتنفيذ، فان الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ، وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي.

فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل، قبل الحكم، عن طلب الفسخ الى طلب التنفيذ، كما أنه اذا رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه الى الفسخ، على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ في طلب واحد. كل هذا ما لم يكن قد نزل عن أحد الطلبين، ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب منهما نزولاً عن الطلب الآخر.

وللمدين كذلك، قبل النطق بالحكم النهائي، أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ ولا يبقى في هذه الحالة إلا أن يقدر القاضي ما اذا كان هناك محل للحكم بتعويض الدائن عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه. ومما يساعد على الحكم بالتعويض أن يكون الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى.

كذلك القاضي ليس محتماً عليه أن يحكم بالفسخ، بل إن له في ذلك سلطة تقديرية، فقد يحكم بالفسخ اذا رأى الظروف تبرر ذلك، وقد لا يحكم به ويعطي المدين مهلة لتنفيذ التزامه.

ومما يحمل القاضي على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ

---

(١) راجع تفصيل هذه الشروط في الوسيط السنهوري جـ ١ مصادر الالتزام فقرة ٤٦٦ ص٦٩٦ وما بعدهما. والمادة ١٥٧ من القانون المدني المصري.

أو اهماله في ذلك اهمالاً واضحاً رغم اعذار الدائن له قبل رفع الدعوى. ومما يحمله على استبقاء العقد واعطاء المدين أجلاً للتنفيذ أن يكون ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته.

وأما بالنسبة للفسخ بحكم الاتفاق، فقد نص القانون عليه[1] فقال: «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار، إلا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء عنه»[2].

وأما بالنسبة لانفساخ العقد بحكم القانون فقد نص القانون[3] بخصوصه على أنه: «في العقود الملزمة للجانبين اذا نقضي الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه». ومما يتصل بهذا النص نصان آخران هما: **الأول**[4] «ينقضي الالتزام اذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه»، **والثاني**[5] «اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه». ونرى من مجموع هذه النصوص أن الالتزام لا ينقضي بسبب استحالة تنفيذه إلا اذا كانت هذه الاستحالة ترجع الى سبب أجنبي وأن العقد لا ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون إلا اذا انقضى الالتزام. فالعقد اذن لا ينفسخ إلا اذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي، واذا لم يثبت المدين هذا السبب الأجنبي بقي ملزماً بالعقد وحكم عليه بالتعويض[6].

وينص القانون[1] على ما يترتب على الفسخ من أثر فيقول: «اذا فسخ العقد

---

(١) في المادة ١٥٨ مدني مصري.

(٢) راجع تفصيل ذلك في الوسيط السنهوري جـ ١ مصادر الالتزام فقرة ٤٨٠ ص٧١٤ وما بعدها.

(٣) في المادة ١٥٩ من القانون المدني المصري.

(٤) هو نص المادة ٣٧٣ مدني مصري.

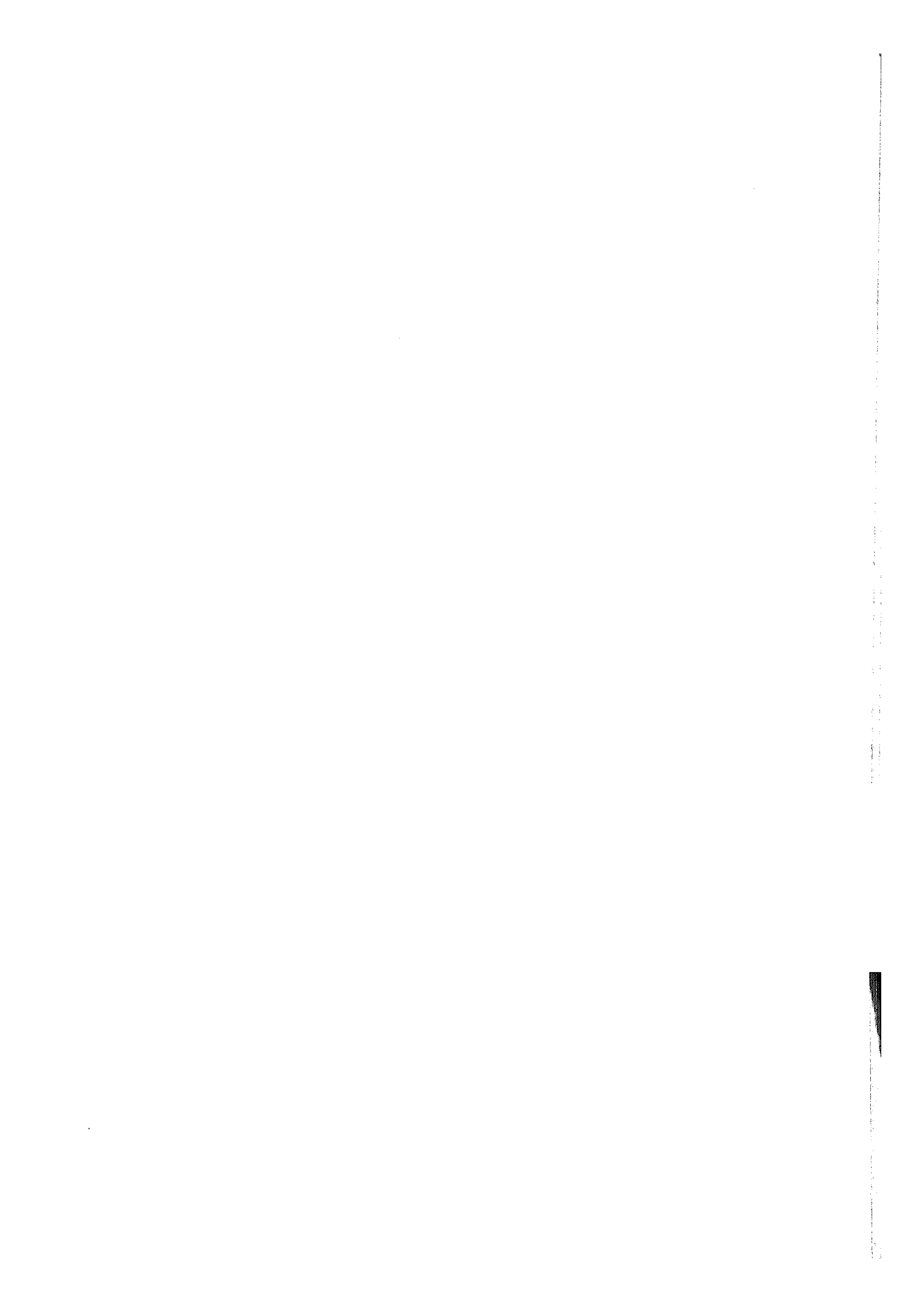
(٥) هو نص المادة ٢١٥ مدني مصري.

(٦) انظر تفصيلاً أكثر في الوسيط السنهوري جـ ١ مصادر الالتزام فقرة ٤٨٧ ص٧٢٢ وما بعدها.

(١) في المادة ١٦٠ مدني مصري.

أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض». ويلاحظ أن هذا النص عام، يبين ما يترتب على الفسخ من أثر، سواء أكان الفسخ بحكم القاضي أم بحكم الاتفاق أو بحكم القانون. ويتبين من النص أيضاً أنه اذا حكم القاضي بفسخ العقد فان العقد ينحل، لا من وقت النطق بالحكم فحسب، بل من وقت نشوء العقد. فالفسخ له أثر رجعي، ويعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن، ويسقط أثره حتى في الماضي.

هذا والمتتبع لانحلال العقد في الفقه الإسلامي والقانون يجد أنهما متفقان في الجملة، وإن اختلفا في التنظيم.



الباب الرابع

البيع

- التعريف بالبيع وأركانه واثاره.
- أحكام وأنواع مختلفة من البيوع.
- الشروط في البيع والتسعير والاحتكار والخيار والاقالة.
- السلم والربا.



الفصل التاسع

التعريف بالبيع وأركانه واثاره

أولاً : التعريف بالبيع :

تعريف البيع :

البيع في اللغة: هو مطلق المبادلة، ولفظ البيع والشراء يطلق كل منهما على ما يطلق عليه الآخر، فهما من الألفاظ المشتركة بين المعاني المتضادة[1]، وهو مشتق من الباع، لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والاعطاء.

وفي الفقه الإسلامي: هو مبادلة مال بمال تمليكاً وتملكاً[2]، أو أنه «تمليك البائع مالاً للمشتري بمال يكون ثمناً للمبيع»[3].

وفي القانون: هو عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي[4]. فالثمن الذي يلتزم به المشتري يجب أن يكون مبلغاً من النقود، وإلا فإن العقد لا يعتبر بيعاً بل مقايضة.

---

(١) رائد الطلاب، لجبران مسعود، دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، بيروت سنة ١٩٦٧م ص١٨٣، ١٨٤.

(٢) انظر فتح القدير لابن الهمام، المطبعة الكبرى الأميرية الطبْعة الأولى سنة ١٣١٦هـ بمصر جـ ٥ ص٧٣، وشرح الخرشي، المطبعة الكبرى الأميرية الطبعة الثانية بمصر سنة ١٣١٧هـ جـ ٥ ص٤٣٣، والمجموع شرح المهذب للنووي المطبعة المنيرية بالقاهرة جـ ٩ ص١٤٨، ١٤٩، والمغني لابن قدامة جـ ٣ من مطبوعات رئاسة ادارة البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد بالمملكة العربية السعودية، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض ١٤٠١هـ/١٩٨١م ص٥٦٠، والمادة ١٠٥ من المجلة.

(٣) المادة ٣٤٣ من مرشد الحيران.

(٤) راجع م٤١٨ مدني مصري، و م٣٨٦ مدني سوري، و م٤٠٧ مدني ليبي، و م٣٧٢ موجبات وعقود لبناني، وقارن م٥٠٦، ٥٠٧ مدني عراقي.

ومن المقارنة بين تعريف البيع في الفقه الإسلامي وتعريفه في القانون يتضح أن معنى البيع في القانون أخص من معناه في الفقه الإسلامي، ولذلك يشمل البيع في الفقه الإسلامي تمليك العين بالعين ويسمى أيضاً مقايضة والنقد بالنقد ويسمى كذلك صرفاً، والعين بالذمة ويسمى أيضاً سلماً، والعين بالنقد ويسمى بيعاً مطلقاً. ولا يصدق البيع في القانون إلا على القسم الأخير فحسب.

حكم البيع ودليله:

الأصل في حكم البيع الجواز إلا اذا قام الدليل على تحريمه فيحرم كما هو الحال في البيوع المنهى عنها. ودليل الجواز، الكتاب، والسنة، والاجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾[1]، وقوله تعالى: «وأشهدوا اذا تبايعتم»[2].

وأما السنة فأحاديث كثيرة منها:

(١) قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»[3] متفق عليه.

(٢) ما رواه رفاعة: «انه خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم الى المصلي فرأى الناس يتبايعون، فقال: يا معشر التجار: فاستجابوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم، ورفعوا أعناقهم وأبصارهم اليه. فقال: إن التجار يبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من بر وصدق» قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح[4].

---

(١) سورة البقرة آية ٢٧٥.

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٢.

(٣) صحيح البخاري، السابق، جـ ٣ ص٧٩.

(٤) صحيح الترمذي، كتاب البيوع الباب الرابع (نقلاً عن المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي عن الكتب الستة وعن مسند الدارمي وموطأ مالك ومسند أحمد بن حنبل ـ الاتحاد الأممي للمجامع العلمية، مكتبة بريل في ليدن سنة ١٩٣٦م جـ ١ ص٢٦٥). وانظر أيضاً مسند الإمام أحمد بن حنبل مع اختلاف في الألفاظ، جـ ٣ ص٤٢٨، ٤٤٤.

(٣) ما رواه أبو سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء» وهو حديث حسن كما قال الترمذي[١].

(٤) ما رواه رفاعة بن رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل: أي الكسب أطيب؟ قال: «عمل الرجل بيده، وكل بيع مبرور» رواه البزار وصححه الحاكم[٢].

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على حله وجوازه في الجملة والتعامل به من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا.

حكمة مشروعية البيع:

شرع الله البيع توسعة منه على عباده، لأن لكل فرد من أفراد النوع الانساني ضرورات مختلفة ومتعددة من الأكل والشرب والكساء وغير ذلك مما لا غنى للانسان عنه، وهو لا يستطيع بمفرده أن يوفر كل ذلك بنفسه لنفسه، ومن ثم فهو محتاج الى ما في يد غيره، وغيره لا يبذل ما في يده بغير عوض، وكل الناس على هذا الوضع، فكان في تشريع البيع وسيلة لوصول كل شخص الى هدفه وتحقيق غرضه ودفع حاجته.

ثانياً: أركان البيع:

أ ـ أركان البيع في الفقه الإسلامي:

أركان البيع في الفقه الإسلامي ثلاثة هي:

(١) العاقد من بائع ومشتر.
(٢) المعقود عليه من ثمن ومثمن.
(٣) الصيغة وهي كل ما يدل على الايجاب والقبول.

---

(١) مرجع الهامش السابق في نفس المواضع المذكورة.

(٢) سبل السلام للصنعاني جـ ٣ ص٧٨٨. والبيع المبرور: هو ما خلص عن اليمين الفاجرة لتنفيق السلعة وعن الغش في المعاملة.

ولكل ركن من هذه الأركان الثلاثة شروط معينة نبينها فيما يلي:

(١) شروط العاقد:

يشترط في العاقد العقل والتمييز، فلا يصح عقد المجنون ولا السكران ولا الصبي غير المميز[١]، فاذا كان المجنون يفيق أحياناً ويجن أحياناً كان ما عقده عند الإفاقة صحيحاً وما عقده حال الجنون غير صحيح.

والصبي المميز عقده صحيح ويتوقف على إذن الولي فان أجازه كان معتداً به شرعاً. كما اشترط جمهور الفقهاء أن يكون العاقد مختاراً في بيع متاعه، فاذا أكره على بيع ماله بغير حق فان البيع لا ينعقد، لقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة[٢]، عن تراض منكم﴾[٣]، ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «انما البيع عن تراض»[٤]، وقوله: «إن الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[٥].

أما اذا أكره على بيع ماله بحق فان البيع يقع صحيحاً، كما اذا أجبر على بيع الدار لتوسعة الطريق أو المسجد أو المقبرة، أو أجبر على بيع سلعة ليفي ما عليه من دين من غير تفرقة بين دين وآخر ولا بين مال ومال أو لنفقة الزوجة أو الأبوين، ففي هذه الحالات وأمثالها يصح البيع اقامة لرضاء الشرع مقام رضاه، حفظاً لحقوق الدائنين من الضياع أو تحقيقاً للمصلحة العامة.

(٢) شروط المعقود عليه:

يشترط في المعقود عليه ستة شروط هي:

---

(١) إلا في الشيء اليسير لما روي أن أبا الدرداء «اشترى من صبي عصفوراً فأرسله».

(٢) التجارة: كل عقد يقصد به الربح مثل عقد البيع وعقد الإجارة وعقد الهبة بشرط العوض، لأن المبتغى في جميع ذلك في عادات الناس تحصيل الأعواض لا غير، وعلى هذا فالتجارة أعم من البيع.

(٣) سورة النساء آية ٢٩.

(٤) أخرجه ابن حبان وابن ماجه (راجع سبل السلام للصنعاني جـ ٢ ص٧٨٧).

(٥) رواه ابن ماجه والحاكم عن ابن عباس، وقال أبو الحاتم: لا يثبت (انظر سبل السلام للصنعاني جـ ٣ ص١٠٨٩، ١٠٩٠).

أ - طهارة العين.
ب - الانتفاع به.
ج - ملكية العاقد له.
د - القدرة على تسليمه.
هـ - العلم به.
و - كون المبيع مقبوضاً.

الشرط الأول: أن يكون طاهر العين:

لحديث جابر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»[1].

والعلة في تحريم الثلاثة الأولى هي النجاسة عند جمهور العلماء[2] فيتعدى ذلك الى كل نجس.

واستثنى الأحناف والظاهرية كل ما فيه منفعة تحل شرعاً فجوزوا بيعه، فقالوا: يجوز بيع الأرواث والأزبال النجسة التي تدعو الضرورة الى استعمالها والانتفاع بها وقوداً وسماداً.

كما يجوز بيع كل المأكولات والمشروبات التي تنجست لينتفع بها في غير الأكل والشرب، كالزيت المتنجس يستصبح به ويطلى به، والصبغ يتنجس فيباع ليصبغ به ونحو ذلك ما دام الانتفاع به في غير الأكل، مر رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥ ص٢٣٥، وصحيح البخاري جـ ٣ ص١٠٤.

(٢) يبدو أن تحريم بيع الخمر يرجع بالاضافة الى نجاستها وقذارتها الى أنها أيضاً تسلب الانسان أعظم مواهب الله له وهو العقل، فضلاً عن أضرارها الأخرى، وأما الخنزير فمع كونه نجساً فإن به ميكروبات ضارة تفرز سموماً لا تتأثر بالغلي وإن ماتت الميكروبات وهو يحمل الدودة الشريطية التي تمتص الغذاء النافع من جسم الإنسان. وأما تحريم بيع الميتة فلأنها غالباً ما يكون موتها نتيجة أمراض فيكون تعاطيها مضراً بالصحة، علاوة عن كونها مما تعافه النفس وما يموت فجأة من الحيوانات فإ الفساد يتسارع اليه لاحتباس الدم فيه والدم أصلح بيئة لنمو الميكروبات التي قد تفرز سموماً لا تتأثر بالغلي ولو ماتت الميكروبات كما أن به كمية كبيرة من حمض البوليك وهي مادة سامة.

على شاة لميمونة فوجدها ميتة ملقاة فقال: «هلا أخذتم إهَابهَا فـدبغتموه وانتفعتم به؟ فقالوا يا رسول الله إنها ميتة، فقال: انما حَرُمَ أكلها»[1]، ومعنى ذلك أنه يجوز الانتفاع بها في غير الأكل، وما دام الانتفاع بها جائزاً فانه يجوز بيعها ما دام القصد بالبيع المنفعة المباحة[2].

الشرط الثاني: أن يكون منتفعاً به.

فلا يجوز بيع الحشرات ولا الحية والفأرة إلا اذا كان ينتفع بها، ويجوز بيـع الهرة والنحل وبيع الفهد والأسد وما يصلح للصيـد أو ينتفع بجلده، ويجـوز بيع الفيل للحمل، ويجوز بيع الببغاء والطاووس والطيور المليحة الصورة، وإن كانت لا تؤكل، فـإن التفرج بأصواتها والنظر اليها غرض مقصود مبـاح، ولا يجوز بيـع الكلب لنهي الرسول صـلى الله عليه وسلم عن ذلـك[3]، وهذا في غـير الكلب المعلم، وما يجوز اقتناؤه ككلب الحراسة وكلب الزرع فقد قال أبـو حنيفة بجـواز بيعه. وقال عـطاء والنخعي: يجوز بيـع كلب الصيد دون غيـره لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب إلا كلب الصيد[4].

ولا يجوز بيع آلات اللهو لعدم الانتفاع بها شرعاً، وكذلك محرم الأكل إن أشرف على الموت[5].

الشرط الثالث: أن يكون مملوكاً للمتعاقد أو مأذوناً فيه من جهة المالك: فان وقع البيع أو الشراء من غير المالك دون اذن فإن هذا يعتبر من تصرفات الفضولي.

---

(١) رواه مسلم عن ابن عباس في صحيحه (صحيح مسلم بشرح النووي، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان الطبعة الثانية سنة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م جـ ٤ ص٥١). وأخرجه البخاري ايضاً عن ابن عباس بلفظ «أن رسول الله ﷺ مر بشاة ميتة، فقال: هلا استمتعتم بإهابها، قالوا: إنها ميتة، قال: إنما حرم أكلها» (صحيح البخاري، جـ٣ ص١٠١).

(٢) الشيخ السيد سابق، في فقه السنة، جـ٣ ص١٣١.

(٣) سبل الصنعاني جـ٣ ص٧٩٣.

(٤) نيل الأوطار للشوكاني جـ ٥ ص٢٣٩.

(٥) الفقه الحديث للشيخ محمد مصطفى جاد، مطبعة دار الشرق الأوسط للطباعة والنشر الطبعة الرابعة سنة ١٣٨٠هـ - ١٩٦٠م بالاسكندرية، ص١٤٠.

فالفضولي هو الذي يعقد لغيره دون إذنه، كأن يبيع انسان ملكاً لغيره وهو غائب أو يشتري له دون إذن منه، أو يبيع الزوج ما تملكه الزوجة دون إذنها، أو يشتري لها ملكاً دون إذنها له بالشراء وهكذا.

وعقد الفضولي في الفقه الإسلامي عقد صحيح إلا أن لزومه يتوقف على إجازة المالك أو وليه، فإن أجازه نفذ، وان لم يجزه بطل[1].

ودليل ذلك ما روي عن عروة البارقي أنه قال: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم بدينار لأشتري له به شاة، فاشتريت له به شاتين. بعت احداهما بدينار وجئته بدينار وشاة، فقال لي: «بارك الله في صفقة يمينيك»[2].

وروى أبو داود والترمذي عن حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم بعثه ليشتري له أضحية بدينا، فاشترى أضحية فأربح فيها ديناراً فباعها بدينارين، ثم اشترى شاة أخرى مكانها بدينار، وجاء بها وبالدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال له: «بارك الله لك في صفقتك»[3].

ففي الحديث الأول: أن عروة اشترى الشاة الثانية وباعها دون إذن مالكها وهو النبي صلى الله عليه وسلم، فلما رجع اليه وأخبره أقره ودعا له، فدل ذلك على صحة شراء الشاة الثانية وبيعه اياها. وهذا دليل على صحة بيع الانسان ملك غيره وشرائه له دون اذن، وإنما يتوقف على الإجازة مخافة أن يلحقه من هذا التصرف ضرر.

وفي الحديث الثاني: أن حكيماً باع الشاة بعدما اشتراها وأصبحت مملوكة لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اشترى له الشاة الثانية ولم يستأذنه، وقد أقره الرسول صلى الله عليه وسلم على تصرفه وأمره أن يضحي بالشاة التي أتاه بها ودعا

---

(١) هذا مذهب المالكية واسحاق بن راهويه وإحدى الروايتين عند الشافعية والحنابلة، انظر في فقه المالكية القوانين الفقهية لابن جزي، مطبعة النهضة بفاس سنة ١٣٤٤هـ ١٩٢٦م، ص٢٣٨، وفي فقه الشافعية المجموع النووي جـ ٩ ص٢٥٩ وفي فقه الحنابلة المغني لابن قدامة جـ ٤ ص٢٢٧، ٢٢٨.

(٢) مسند الإمام أحمد بن حنبل، جـ٤ ص٣٧٦، وانظر أيضاً سبل السلام للصنعاني جـ٣ ص٨٣٣.

(٣) صحيح الترمذي، كتاب البيوع، الباب الرابع والثلاثون (نقلا عن المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي، السابق، جـ ١ ص ١٧٢).

لـه، فدل ذلـك على أن بيعـه الشاة الأولى وشـراءه الثانيـة صحيح، ولـو لم يكن صحيحاً لأنكره عليه وأمره برد صفقته.

هذا، وبيع ملك الغير في القانون ينعقد منتجاً لآثاره عدا نقل الملكية، إلا انه قابل للإبطال لمصلحة المشتري وحده، ولذلك فله طلب إبطاله، ما لم يجزه، أو يسقط حقه في هذا الطلب بالتقـادم، أو تؤول ملكيته اليـه، أو يقر المـالك هـذا البيع، فاذا أقـر المالـك البيع سـرى في حقه وانقلب صحيحـاً في حق المشتري، ويعتبر المالك الحقيقي أجنبياً عن عقد بيع ملك الغير، لأنه ليس طـرفاً في العقـد وبالتالي لا يسري العقد في حقه[1].

وعلى ذلك فبيع ملك الغير في القانون قـابل لـلابطال بمـوجب نص خاص أخرجه عن القواعد العامة في البطلان وفي الوقت نفسه غير سـار في حق المالـك الحقيقي.

ومن المقارنة بين حكم بيع ملك الغير أو بيع الفضولي في الفقه الإسـلامي وبين حكمه في القانون تجد الحكمة والدقة والصـواب في جانب الفقـه الإسلامي دون الثاني، اذ أنه يجعل له حكماً واحداً وهو انعقاده موقوفاً على إجازة المالك أو من له حق الإجازة شرعاً، بدلاً من أن يكون قابلا للإبـطال لمصلحة المشتري وفي ذات الوقت غير سار في حق المالك الحقيقي، فضلاً عن أن حكمه في الفقه الإسلامي يحقق حماية أكثر للمالك الذي بيع ملكه دون إذنه، اذ أن التصرف يبقى مـوقوفـاً بالنسبة له وبالنسبة للمتعاقدين، أما على اعتباره قابلاً لـلإبـطال لمصلحـة المشتري فإنه ينتج آثاره فيما بين المتعاقدين عـدا نقل الملكيـة، وقد يتحقق من جـراء ذلك ضرر للمالك[2].

---

(١) راجع م٤٦٦-٤٦٨ مدني مصـري، وم٤٣٤-٤٣٦ مدني سـوري، و م٤٥٥-٤٥٧ مدني ليبي، و م٣٨٥ موجبات وعقود لبناني، وقارن م١٣٥، ١٣٦ مدني عـراقي حيث سار عـلى قواعـد الفقه الإسلامي.

(٢) راجع في تفصيل ذلك رسالتنا للدكتوراة «الإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي» فقرة ٢٧٧ ص٦٦٧، وكتابنا دروس في عقد البيع، على آلة كاتبة، سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م بالقاهرة، ص٤٨-٥٦.

الشرط الرابع : أن يكون مقدوراً على تسليمه حساً وشرعاً :

فما لا يقدر على تسليمه حساً لا يصح بيعه كالبعير الشارد لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم والمعدوم لا يصح بيعه فكذا ما أشبهه وكذا السمك في الماء لما رواه أحمد عن ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً : «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر»[٣]، ومثله الجنين في بطن أمه، وضربة الغائص وهي أن يقول من يعتاد الغوص في البحر لغيره: ما أخرجته في هذه الغوصة فهو لك بكذا من الثمن، ويدخل في هذا بيع الطير المنفلت الذي لا يعتاد رجوعه الى محله، وعسب الفحل وهو ماؤه، والفحل الذكر من كل حيوان فرساً أو جملاً أو تيساً، وقد نهى عنه الرسول ﷺ كما رواه البخاري وغيره[١]، لأنه غير متقوم ولا معلوم ولا مقدور على تسليمه، وقد ذهب الجمهور الى تحريمه بيعاً وإجارة ولا بأس بالكرامة، وهي ما يعطى على عسب الفحل من غير اشتراط شيء عليه، وقيل يجوز إجارة الفحل للضراب مدة معلومة وبه قال الحسن وابن سيرين وهو مروي عن مالك ووجه للشافعية والحنابلة. ولا يصح كذلك بيع اللبن في الضرع، أي قبل انفصاله لما فيه من الغرر والجهالة إلا أن يبيع منه كيلا نحو أن يقول: بعت منك صاعاً من حليب بقرتي، ويستثنى أيضاً لبن الظئر[٢] فيجوز بيعه لموضع الحاجة. وكذا لا يجوز بيع الصوف على ظهر الحيوان فإنه يتعذر تسليمه لاختلاط غير المبيع بالمبيع، فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: نهى رسول الله ﷺ : «أن يباع تمر حتى يطعم أو صوف على ظهر[٣] ولبن في ضرع أو سمن في لبن». رواه الدارقطني[٤].

وأما المعجوز عن تسليمه شرعاً فكالمرهون والموقوف فلا ينعقد بيعهما، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز بيع الدين لمن عليه الدين (المدين)، وأما

---

(١) المرجع السابق، جـ ٥، ص ٢٤٢.
(٢) الظئر بالكسر العاطفة على ولد غيرها المرضعة له في الناس وغيرهم للذكر والأنثى(القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي)، مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الثالثة ١٣٧١ هـ /١٩٥٢ م، فصل الظاء ـ باب الراء، جـ ٢، ص ٨٣.
(٣) أما بيع الصوف على الظهر بشرط الجز أجازه الحنابلة في رواية عندهم لأنه معلوم ويمكن تسليمه.
(٤) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٢٤٥.

بيعه إلى غير المدين، فقد ذهب الأحناف والحنابلة والظاهرية إلى عدم صحته لأن البائع لا يقدر على التسليم ولو شرط التسليم على المدين فإنه لا يصح أيضاً لأنه شرط التسليم على غير البائع فيكون شرطاً فاسداً يفسد به البيع.

الشرط الخامس: أن يكون كل من المبيع والثمن معلوماً:

فإن كانا مجهولين أو كان أحدهما مجهولاً فإن البيع لا يصح لما فيه من غرر. والعلم بالمبيع يكتفى فيه بالمشاهدة في المعين ولو لم يعلم قدره كما في بيع الجزاف، أما ما كان في الذمة فلا بد من معرفة قدره وصفته بالنسبة للمتعاقدين. والثمن يجب أن يكون معلوم الصفة والقدر والأجل.

أما بيع ما غاب عن مجلس العقد، وبيع ما في رؤيته مشقة أو ضرر، وبيع الجزاف فإن لكل واحد من هذه البيوع أحكاماً نوضحها فيما يأتي:

بيع ما غاب عن مجلس التعاقد:

يجوز بيع ما غاب عن مجلس العقد بشرط أن يوصف وصفاً يؤدي الى العلم به، ثم إن ظهر موافقاً للوصف لزم البيع وإن ظهر مخالفاً ثبت لمن لم يره من المتعاقدين الخيار في إمضاء العقد أو رده، يستوي في ذلك البائع والمشتري.

بيع ما في رؤيته مشقة أو ضرر:

ويجوز كذلك بيع المغيبات إذا وصفت أو علمت أوصافها بالعادة والعرف، وذلك كالأطعمة المحفوظة والأدوية المعبأة في القوارير وأنابيب الأكسوجين وصفائح البنزين والغاز ونحو ذلك مما لا يفتح إلا عند الاستعمال لما يترتب على فتحه من ضرر أو مشقة.

ويدخل في هذا أيضاً ما غيبت ثماره في باطن الأرض مثل الجزر واللفت والبطاطس والقلقاس والبصل والثوم وما كان من هذا القبيل، فإن هذه لا يمكن بيعها بإخراج المبيع دفعة واحدة إذا كانت كثيرة لما في ذلك من المشقة على أربابها ولا يمكن بيعها شيئاً فشيئاً لما في ذلك من الحرج والعسر وربما أدى ذلك إلى فساد الأموال أو تعطيلها، وإنما تباع عادة بواسطة التعاقد على الحقول الواسعة التي لا

يمكن بيع ما فيها من الزروع المغيبة إلا على حالها.

واذا ظهر أن المبيع يختلف عن أمثاله اختلافاً فاحشاً يوقع الضرر بأحد المتعاقدين ثبت الخيار فإن شاء أمضاه وإن شاء فسخه، كما في صورة ما اذا اشترى بيعاً فوجده فاسداً فله الخيار في إمساكه أو رده دفعاً للضرر عنه. وهذا مذهب المالكية وهو الذي رجحه ابن القيم في أعلام الموقعين، ومذهب الجمهور بطلان البيع في هذه الصورة لما فيها من الغرر والجهالة المنهى عنها. والأحناف جوزوا البيع وأثبتوا الخيار عند الرؤية[1].

بيع الجزاف:

هو بيع ما يكال أو يوزن أو يعد جملة بلا كيل ولا وزن ولا عدد، والأصل فيه المنع لما فيه من الغرر، ولكنه رخص فيه للضرورة وهو جائز بشرط أن يكون مرئياً حال العقد أو قبله واستمر على حاله، ولم يكن كثيراً جداً، وجهل كل من البائع والمشتري قدره سواء أكان مكيلاً أم موزوناً أو معدوداً، وأن يحزر أي يقدره كل من البائع والمشتري أو يوكلا من يقوم بذلك، وأن تستوي أرضه في اعتقادهما فلا يكون فيها ارتفاع وانخفاض، ويشترط في المعدود خاصة مشقة عده، ويشترط أن لا تكون أفراد المبيع مقصودة لذاتها لاختلافها في المنفعة كالثياب ما لم يقل ثمن الفرد منها كبطيخ ورمان وما شاكل ذلك، وكذلك يشترط أن لا يشترى الجزاف مع مكيل من جنسه أو غيره، وكلها شروط لتقليل الغرر، ولا يكون الجزاف في الدراهم ولا الدنانير.

وقد كان بيع الجزاف متعارفاً عليه بين الصحابة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقد كان المتبايعان يعقدان العقد على سلعة مشاهدة لا يعلم مقدارها إلا بالحزر والتخمين من الخبراء وأهل المعرفة الذين يعهد فيهم صحة التقدير قلما يخطئون فيه. ولو قدر أن ثمة غرراً فإنه يكون يسيراً يتسامح فيه عادة لقلته، قال ابن عمر رضي الله عنهما: «كانوا يتبايعون الطعام جزافاً بأعلى السوق

---

(١) الشيخ السيد سابق، في فقه السنة، مكتبة دار التراث بالقاهرة، جـ٣، ص ١٣٦، وراجع أيضاً المغني لابن قدامة، جـ ٤، ص ١٠٤.

فنهاهم الرسول صلى الله عليه وسلم أن يبيعوه حتى ينقلوه»[1] فالرسول صلى الله عليه وسلم أقرهم على بيع الجزاف ونهى عن البيع قبل النقل فقط. قال ابن قدامة: يجوز بيع الصبرة جزافاً مع جهل البائع والمشتري بقدرها ولا نعلم فيه خلافاً[2].

الشرط السادس: أن يكون المبيع مقبوضاً إن كان قد استفاده بمعاوضة: وفي هذا تفصيل نوضحه فيما يلي:

يجوز بيع الميراث والوصية وغير ذلك مما لم يكن الملك حاصلاً فيه بمعاوضة قبل القبض وبعده.

ويجوز كذلك لمن اشترى شيئاً أن يبيعه أو يهبه أو يتصرف فيه التصرفات المشروعة بعد قبضه.

أما اذا لم يكن قبضه فإنه يصح له التصرف فيه بكل نوع من أنواع التصرفات المشروعة ما عدا التصرف بالبيع.

أما صحة التصرف فيما عدا البيع فلأن المشتري ملك المبيع بمجرد العقد، ومن حقه أن يتصرف في ملكه كيف يشاء.

وأما عدم جواز التصرف بالبيع قبل القبض فلأنه يحتمل أن يكون هلك عند البائع الأول فيكون بيع غرر، وبيع الغرر غير صحيح، سواء أكان عقاراً أم منقولاً، وسواء أكان مقدراً أم جزافاً، لما رواه أحمد والبيهقي وابن حبان باسناد حسن أن حكيم بين حزام قال: يا رسول الله إني أشتري بيوعاً فما يحل لي منها وما يحرم؟ قال: «إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه[3] ويستثني من هذه القاعدة جواز بيع أحد النقدين بالآخر قبل القبض فقد سأل ابن عمر الرسول ﷺ عن بيع الإبل بالدنانير وأخذ الدراهم بدلاً منها فأذن له[4].

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٢٥٦.
(٢) المغنى لابن قدامة، جـ ٤، ص ١٣٧.
(٣) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٢٥٦.
(٤) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨١٢.

وحكمة النهي عن بيع السلع قبل قبضها فضلاً عما تقدم: أن البائع اذا باعها ولم يقبضها المشتري فإنها تبقى في ضمانه، فاذا هلكت كانت خسارتها عليه دون المشتري، فاذا باعها المشتري في هذه الحال وربح فيها كان رابحاً لشيء لم يتحمل فيه تبعة الخسارة، وفي هذا يروي أصحاب السنن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ربح ما لم يضمن[١].

فالمشتري الذي باع ما اشتراه قبل قبضه يماثل من دفع مبلغاً من المال الى آخر ليأخذ في نظيره مبلغاً أكثر منه، إلا أن هذا أراد أن يحتال على تحقيق قصده بادخال السلعة بين العقدين، فيكون ذلك أشبه بالربا، وقد فطن الى هذا ابن عباس رضي الله عنهما، وقد سئل عن سبب النهي عن بيع ما لم يقبض فقال: «ذاك دراهم بدراهم والطعام مُرْجَأ»[٢].

والقبض في العقار يكون بالتخلية بينه وبين من انتقل ملكه إليه على وجه يتمكن معه من الانتفاع به فيما يقصد منه كسكنى المنزل وزرع الأرض وجني ثمار الشجر أو الاستظلال به ونحو ذلك. والقبض فيما يمكن نقله كالحيوان والثياب والطعام يكون بالآتي:

١ - باستيفاء القدر كيلاً أو وزناً إن كان مقدراً.
٢ - بنقله من مكانه إن كان جزافاً.
٣ - يرجع الى العرف فيما عدا ذلك.

وبرهان أن القبض في المنقول يكون باستيفاء القدر، ما رواه البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعثمان بن عفان رضي الله عنه: «اذا سميت الكيل فكل»[٣] فهذا يدل على وجوب الاكتيال عند اشتراط التقدير بالكيل، ومثله الوزن لاشتراكهما في أن كلا منهما معيار لتقدير الأشياء فوجب أن يكون كل شيء يملك مقدراً يجري القبض فيه باستيفاء قدره، سواء أكان طعاماً أم كان غير طعام.

---

(١) سبل السلام للصنعاني، جـ٣، ص ٨٠٩، ٨١٠
(٢) مرجأ: مؤخر (راجع صحيح البخاري، جـ٣، ص ٨٥).
(٣) صحيح البخاري، جـ٣، ص ٨٣.

ودليل وجوب النقل من مكانه إن كان جزافاً، ما رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه»[1] وليس هذا خاصاً بالطعام بل يشمل الطعام وغيره كالقطن والكتان وأمثالهما اذا بيعت جزافاً، لأنه لا فرق بينهما.

أما ما عدا هذا مما لم يرد فيه نص فيرجع فيه الى عرف الناس وما جرى عليه التعامل بينهم. وبهذا نكون قد أخذنا بالنص ورجعنا الى العرف فيما لا نص فيه.

(٣) شروط الصيغة وما تتحقق به:

لقد سبق الكلام عن شروط الصيغة وما تتحقق به في الفصل السادس باعتبار الصيغة أحد أركان العقد، ونكتفي هنا بما ذكرناه هناك تجنباً للتكرار.

ب ـ أركان البيع في القانون[2]:

أركان البيع في القانون ثلاثة، هي أركان العقد بصفة عامة، وهي: التراضي، والمحل، والسبب.

وهذه الأركان تعتبر شروطاً لانعقاد عقد البيع، فاذا تخلف ركن أو شرط منها كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

كما يشترط لصحة البيع أهلية المتعاقدين، وسلامة الرضا من العيوب، فاذا شاب الرضا عيب من عيوب الارادة وهي: الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال. أو كان المتعاقد ناقص الأهلية، كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية أو من كان رضاؤه معيباً.

والأهلية اللازمة لكل من البائع والمشتري هي أهلية التصرف، فيشترط في

---

(١) مرجع الهامش السابق، جـ٣، ص ٩٠، ٩١.

(٢) الوسيط للسنهوري، جـ ٤، العقود التي تقع على الملكية المجلد الأول عقود البيع والمقايضة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية سنة ١٩٦٠ م القاهرة، فقرة ١٦، ص ٤٠ وما بعدها.

كـل منهما البلوغ والـرشد، لأن البيـع من أعمال التصـرف الـدائـرة بـين النفـع والضرر. ولذلك فكامل الأهلية يكون بيعه وشراؤه صحيحاً. وعديم الأهلية يقع بيعه أو شراؤه باطلاً. وناقص الأهلية يقع بيعه أو شراؤه قابلاً لـلإبطال لمصلحته كقاعدة عامة[1].

والمحل في عقد البيع هو المبيع والثمن. والشروط الواجب توفرها في المبيع هي الشروط الواجب توفرها في محل الالتـزام بوجـه عام وهي: أن يكـون المبيع موجوداً أو قابلاً للوجود في المستقبل، ومعيناً أو قابلاً للتعيين، وصالحاً للتعـامل فيه، ويضاف اليها أن يكون المبيع مملوكاً للبائع.

ويشتـرط في الثمن: أن يكون من النقـود، وأن يكون جـدياً، وأن يكـون مقدراً أو قابلاً للتقدير[2].

والسبب في عقد البيع تطبق بشأنه القواعد العامة في نظرية الالتزام، وهي تقتضي بأنه اذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً.

وشرط وجود السبب، ينصرف الى السبب القصدي، وهو الغاية أو الغرض المباشر الذي يقصد به الملتزم الحصول عليه، وهو في العقود الملزمة للجانبين يكون ارتقاب تنفيذ التـــزام المتعاقد الآخر. ففي عقد البيع، يكون سبب التزام البـائع بنقل الملكية، هو ارتقاب الحصول على الثمن من المشتري. وسبب التزام المشتري بدفع الثمن، هو ارتقاب الحصول على ملكية المبيع من البـائع، فـالتزام كـل من المتعاقدين سبب لالتزام المتعاقد الآخر.

وأما مشروعية السبب فتنصرف الى السبب الدافع الباعث على التعاقد، فاذا كان هذا الباعث لدى أحد المتعاقدين غير مشروع، فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، اذا كان الطرف الآخـر يعلم بذلـك الباعث غـير المشروع، كـما اذا كان

---

(١) د. عبد الودود يحيى في دروس في العقود المسماة (البيـع والتأمـين) دار النهضة العـربية بـالقاهـرة ١٩٧٨ م، ص ٥٣.

(٢) الوسيط للسنهوري، جـ ٤، المجلد الأول، فقرة ١٠٠، ص ١٩٠ وما بعدها.

الباعث للمشتري هو أن يعد المنزل الذي اشتراه ليكون نادياً للقمار، فالعقد في هذه الحالة يكون باطلاً اذا كان البائع يعلم بذلك الباعث غير المشروع[1].

ثالثاً: آثار البيع:

اذا تم عقد البيع واستوفى أركانه وشروطه، ترتب عليه في الفقه الإسلامي[2] نقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري، ونقل ملكية الثمن من المشتري الى البائع. وحل لكل من البائع والمشتري التصرف بما انتقل الى ملكه بكل نوع من أنواع التصرف المشروع.

ويترتب على عقد البيع في القانون[3] التزامات متقابلة في ذمة كل من البائع والمشتري. فيلتزم البائع بنقل الحق المبيع، وبتسليم المبيع الى المشتري، وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية. ويلتزم المشتري بدفع الثمن، وبنفقات عقد البيع، وتسلم المبيع.

---

(١) د. عبد الودود يحيى في العقود المسماة، ص ٤٤، ٤٥.
(٢) فقه السنة للسيد سابق، جـ٣، ص ١٢٧.
(٣) الوسيط للسنهوري، جـ٤، المجلد الأول، فقرة ٢٢٥، ص ٤٠٤ وما بعدها، ود. عبد الودود يحيى في العقود المسماة، ص ٦٠ وما بعدها.

الفصل العاشر

أحكام وأنواع مختلفة من البيوع

حكم الإشهاد على عقد البيع :

أمر الله سبحانه وتعالى بالإشهاد على عقد البيع فقال : «وأشهدوا اذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد»[1]، والأمر بالإشهاد للندب والإرشاد الى ما فيه الخير والمصلحة .

ويستثنى من استحباب الإشهاد قليل الخطر كحوائج البقال أو الجزار أو العطار وما أشبه ذلك فلا يستحب الإشهاد للمشقة .

وليس الاشهاد في البيع بواجب خلافاً لما يرى بعض الفقهاء[2] الذين استدلوا بظاهر الأمر في الآية، وقالوا : إنه يجب عليه الاشهاد كالنكاح لأنه عقد معاوضة أما ما قال به الجمهور من عدم الإشهاد على البيع فدليله أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً بنسيئة ورهنه درعه[3]، واشترى من رجل سراويل[4]، ومن أعرابي فرساً فجحده الأعرابي حتى شهد له خزيمة بن ثابت[5] ولم ينقل أنه أشهد على ذلك . وكان الصحابة يتبايعون في عصره في الأسواق فلم يأمرهم بالإشهاد ولا نقل عنهم فعله ، ولم ينكر عليهم النبى صلى الله

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ .

(٢) ممن ذهب الى أن الإشهاد واجب في كل شيء ولو كان شيئاً تافهاً: عطاء وجابر بن زيد والنخعي (راجع المغنى لابن قدامة، جـ ٤، ص ٤٠٢).

(٣) صحيح البخاري، جـ ٣، ص ٧٧ .

(٤) سنن النسائي، المكتبة العلمية بيروت ـ لبنان، جـ ٧، ص ٢٨٤ .

(٥) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٢٧١ .

عليه وسلم، ولو كانوا يشهدون في كل بياعاتهم لنقل، وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم عروة بن الجعد البارقي: «أن يشتري له أضحية» ولم يأمره بالإشهاد، وأخبره عروة: أنه اشترى شاتين فباع احداهما، ولم ينكر عليه ترك الإشهاد[1]. ولأن المبايعة تكثر بين الناس في أسواقهم وغيرها، فلو وجب الإشهاد في كل ما يتبايعونه لأفضي الى الحرج المرفوع عنا بقوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾[2].

وعلى ذلك فالمقصود بالأمر في الآية (وأشهدوا اذا تبايعتم) هو الاستحباب والارشاد الى حفظ الأموال والتعليم، لأن الإشهاد أقطع للنزاع وأبعد من التجاحد.

من باع لرجلين فهو للأول منهما:

من باع شيئاً لرجل ثم باعهلآخر لم يكن للبيع الآخر حكم بل هو باطل، لأنه باع غير ما يملك، اذ قد صار في ملك المشتري الأول، ولا فرق بين أن يكون البيع الثاني وقع في مدة الخيار أو بعد انقضائها، لأن المبيع قد خرج من ملكه بمجرد البيع، وفي ذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «أيما امرأة زوجها وليان فهو للأول منهما، وأيما رجل باع بيعاً من رجلين فهو للأول منهما»[3].

وهذا هو الحكم أيضاً في القانون، ما عدا العقار، فإن العبرة فيه بأسبقية التسجيل[4].

البيع على البيع:

يحرم البيع على البيع، لنهيه صلى الله عليه وسلم، فقد روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا يبع بعضكم على بيع أخيه» رواه البخاري

---

(١) مسند الإمام أحمد بن حنبل، جـ ٤، ص ٣٧٦.

(٢) سورة الحج آية ٧٨.

(٣) أخرجه الشوكاني في نيل الأوطار، عن سمرة، جـ ٥، ص ٢٥٣.

(٤) الوسيط للسنهوري، جـ ٤، المجلد الأول، فقرة ٢٧٨، ص ٥٠٨ وما بعدهما.

وأحمد والنسائي[1]، ولما فيه من الاضرار بالمسلم والإفساد عليه، وكذا الشراء على الشراء، فهو محرم أيضاً، لأنه في معنى المنهى عنه، ولأن الشراء يسمى بيعاً فيدخل في النهي.

وصورة البيع على البيع: أن يبيع أحد الناس سلعة من السلع بشرط الخيار للمشتري، فيجيء آخر يعرض على هذا أن يفسخ العقد ليبيعه مثل ما اشتراه بثمن أقل.

وصورة الشراء على الشراء: أن يكون الخيار للبائع، فيعرض عليه بعض الناس فسخ العقد على أن يشتري منه ما باعه بثمن أعلى.

وهذا الصنيع في حالة البيع أو الشراء صنيع آثم منهى عنه، ولكن لو أقدم عليه بعض الناس وباع أو اشترى ينعقد البيع والشراء عند الشافعية وأبي حنيفة وآخرين من الفقهاء وروي عن مالك في ذلك روايتان[2].

وهذا بخلاف المزايدة في البيع فانها جائزة، لأن العقد لم يستقر بعد، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم عرض بعض السلع وكان يقول: «من يزيد»[3] ولإجماع المسلمين عليها اذ أنهم يتبايعون في الأسواق بالمزايدة ولم ينكر أحد عليهم ذلك.

زيادة الثمن نظير زيادة الأجل:

يجوز البيع بثمن حال كما يجوز بثمن مؤجل، وكما يجوز أن يكون بعضه معجلاً وبعضه مؤخراً متى كان ثمة تراض بين المتبايعين.

واذا كان الثمن مؤجلاً وزاد البائع فيه من أجل التأجيل جاز لأن تخيير المشتري بين الثمنين ينفي ضرره، والى هذا ذهب الأحناف والشافعية والمالكية وجمهور الفقهاء لعموم الأدلة القاضية بجواز البيع.

---

(١) صحيح البخاري، جـ ٣، ص ٨٦.
(٢) الشيخ السيد سابق، في فقه السنة، جـ ٣، ص ١٤٠.
(٣) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٢٦٨، وصحيح البخاري، جـ ٣، ص ٨٦.

جواز السمسرة:

السمسار: هو الذي يتوسط بين البائع والمشتري لتسهيل عملية البيع. ولم ير ابن سيرين وعطاء وابراهيم والحسن بأمر السمسار بأساً، قال ابن سيرين: اذا قال بعه بكذا فما كان من ربح فهو لك أو بيني وبينك فلا بأس به، وقال ابن عباس: لابأس بأن يقول: بع هذا الثوب فما زاد على كذا وكذا فهو لك، ويؤيد ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم»[1].

بيع المضطر:

قد يضطر الانسان لبيع ما في يده لدين عليه أو لضرورة من الضرورات المعاشية فيبيع ما يملكه بأقل من قيمته من أجل الضرورة، فيكون البيع على هذا النحو جائزاً مع الكراهة ولا يفسخ.

بيع التلجئة:

وهو أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على ماله، فيواطىء رجلاً على أن يظهر أنه اشتراه منه، ليحتمي بذلك، ولا يريدان بيعاً حقيقياً.

وحكم هذا البيع أنه لا يصح، لأن العاقدين لم يقصدا البيع فهما كالهازلين، وقيل: هو عقد صحيح، لأنه استوفى أركانه وشروطه[2]

البيع مع استثناء شيء معلوم:

يجوز أن يبيع المرء سلعة ويستثني منها شيئاً معلوماً كأن يبيع الشجر ويستثني منها واحدة أو يبيع أكثر من منزل ويستثني منزلاً أو قطعة من الأرض ويستثني منها جزءاً معلوماً.

فإن استثنى شيئاً مجهولاً غير معلوم لم يصح البيع لما يتضمنه من الجهالة

---

(١) صحيح البخاري، ج ٣، ص ١١٤.

(٢) قال ابن قدامة في المغني، جـ ٤، ص ٢٣٧: «بيع التلجئة باطل، وبه قال أبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة والشافعي هو صحيح، لأن البيع تم بأركانه وشروطه خالياً عن مقارنة مفسد فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا البيع بغير شروط ولنا: أنهما ما قصدا البيع فلم يصح منهما كالهازلين».

والغرر. والدليل على ذلك ما رواه جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة والمزابنة والثنيا[1] إلا أن تعلم[2].

ما يدخل في المبيع تبعاً للمبيع وما لا يدخل:

البائع والمشتري إما أن يسميا في عقد البيع ما يتبع المبيع فيدخل فيه كما لو اشترى داراً بما فيها من المتاع والأثاث فيدخل كل ذلك تبعاً للمبيع وإن لم يكن من توابعه عرفاً، لأن هذه الأشياء متى نص على دخولها في البيع صارت جزءاً من المبيع، وإما أن يستثنيا في العقد بعض توابع المبيع فلا تدخل فيه وإن كانت من توابعه عرفاً كما لو اتفق العاقدان على أن يقطع بائع الأرض ما فيها من الأشجار في بيع الأرض، وإما أن يسكت العاقدان عن ذكر توابع المبيع فالأصل في ذلك أمران:

الأول: أن كل ما يتناوله اسم المبيع عرفاً يدخل فيه وإن لم يصرح به في العقد: وعلى هذا يدخل البناء في بيع الدار وإن لم ينص عليه لأن الدار تتناول الأرض والبناء جميعاً.

الثاني: أن كل ما اتصل بالمبيع اتصال قرار بأن وضع فيه ليستقر معه لا يفصل عنه فهو تابع له يدخل فيه وان لم يسم في العقد: فمن باع داراً دخل فيها السلم المتصل بها والأبواب والنوافذ والأدوات الصحية التي بالحمام، ومن باع أرضاً دخل ما فيها من النخيل والأشجار وإن لم ينص عليها في البيع لأن هذه الأشياء إنما وضعت في المبيع لتثبت معه دائماً لا لتفصل عنه، بخلاف ما اذا باع أرضاً فيها زرع حيث لا يدخل الزرع في البيع تبعاً للأرض، إلا أن يشترط المشتري ذلك لأن الزرع إنما وضع في الأرض ليفصل عنها بالحصاد بعد نضجه فأشبه ما لو باع داراً فيها متاع حيث لا يدخل في البيع تبعاً للدار إلا باشتراطه في العقد.

ومن باع نخيلاً أو أشجاراً عليها ثمار، فالثمار للبائع ولا تدخل تبعاً للنخيل

---

(١) الثنيا: الاستثناء في البيع.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص٢٤٨.

والأشجار إلا أن يشترطها المشتري لقوله صلى الله عليه وسلم: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشرطها المبتاع»[1].

ولأن اتصال الثمار بالنخيل والأشجار وإن كان خلقه لكنه للقطع لا للبقاء فلا تكون تابعة لها في البيع.

إيفاء الكيل والميزان:

يأمر الله سبحانه وتعالى بإيفاء الكيل والميزان فيقول جل شأنه: ﴿وأوفوا الكيل والميزان بالقسط﴾[2]، ويقول: ﴿وأوفوا الكيل إذا كلتم وزنوا بالقسطاس المستقيم ذلك خير وأحسن تأويلاً﴾[3].

وينهي عن التلاعب بالكيل والوزن وتطفيفهما فيقول: ﴿ويل للمطففين الذين اذا اكتالوا على الناس يستوفون، واذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون، ألا يظن أولئك أنهم مبعوثون، ليوم عظيم، يوم يقوم الناس لرب العالمين﴾[4].

ويندب ترجيح الميزان: لما روى عن سويد بن قيس أنه قال: جلبت أنا ومَخْرَفَةُ العبدي بَزًّا من هَجَرَ فأتينا به مكة، فجاءنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يمشي فساومنا سراويل فبعناه وثمَّ رجل يزن بالأجر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «زن وأرجح»[5] أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه. وقال الترمذي: حسن صحيح.

السماحة في البيع والشراء:

ينبغي السماحة في البيع والشراء لما رواه البخاري والترمذي عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «رحم الله رجلاً سمحاً[6] اذا باع واذا

---

(١) مرجع الهامش السابق، جـ ٥، ص ٢٧٣، وصحيح البخاري، جـ ٣، ص ٩٧.
(٢) سورة الأنعام آية ١٥٢.
(٣) سورة الإسراء آية ٣٥.
(٤) سورة المطففين الآيات من ١ ـ ٦.
(٥) سنن النسائي، جـ ٧، ص ٢٨٤.
(٦) سمحاً: سهلاً.

اشترى واذا اقتضى[1]»[2] .

بيع الغرر:

هو كل بيع احتوى جهالة أو تضمن مخاطرة أو قماراً. وقد نهى عنه الشارع ومنع منه، لما فيه من الخداع وهو مظنة عدم الرضا به عند تحققه فيكون من أكل أموال الناس بالباطل.

ويستثنى من بيع الغرر أمران:

أحدهما: ما يدخل في المبيع تبعاً بحيث لو أفرد لم يصح بيعه كبيع أساس البناء تبعاً للبناء.

والآخر: ما يتسامح بمثله عادة إما لحقارته أو للمشقة في تمييزه أو تعيينه، كدخول الحمام بالأجر مع اختلاف الناس في الزمان ومقدار الماء المستعمل، وكالشرب من الماء المحرز، وكالجبة المحشوة قطناً.

وقد أفاض الشارع في المواضيع التي يكون فيها بيع الغرر، واليك بعضاً منها حسب ما كانوا يتعاملون به في الجاهلية:

(١) النهي عن بيع الحصاة:

فقد كان أهل الجاهلية يعقدون على الأرض التي لا تتعين مساحتها ثم يقذفون الحصاة حتى اذا استقرت كان ما وصلت اليه هو منتهي مساحة المبيع. أو يبتاعون الشيء لا يعلم عينه ثم يقذفون بالحصاة فما وقعت عليه كان هو المبيع. ويسمى هذا بيع الحصاة. وقد نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم[3] لما فيه من الجهالة والغرر.

(٢) النهي عن ضربة الغواص:

فقد كانوا يبتاعون من الغواص ما قد يعثر عليه من لقطات البحر حين

---

(١) اقتضى: طلب حقه.

(٢) صحيح البخاري، جـ٣، ص ٧١.

(٣) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٢٤٣.

غوصه، ويلزمون المتبايعين بالعقد فيدفع المشتري الثمن ولو لم يحصل على شيء ويدفع البائع ما عثر عليه ولو بلغ أضعاف ما أخذ من الثمن. ولا يخفي ما فيه من الغرر والجهالة.

(٣) بيع المنابذة:

وهو أن يقول بعتك هذا الثوب بكذا على أني متى نبذته اليك فقد وجب العقد ولا خيار لك.

(٤) بيع الملامسة:

وهو أن يبيعه شيئاً في الظلام لا يشاهده وإنما يلمسه بيده، أو يبيعه ثوباً على أنه اذا لمسه فقد وجب البيع، أو يطرح الثوب على المبتاع فيلمسه فاذا لمسه فقد تمَّ الشراء.

والدليل على بطلان هذا البيع وسابقه ما رواه أبو سعيد الخدري قال: نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الملامسة والمنابذة[1]. ولأنه اذا علق وجوب البيع على نبذ الثوب أو لمسه فقد علق البيع على شرط وذلك لا يجوز، فضلاً عما فيهما من جهالة وغرر.

(٥) بيع المحاقلة:

وهو بيع الزرع بحب من جنسه.

(٦) بيع المزابنة:

وهو بيع النخل بأوساق من الثمر.

(٧) المخاطرة[2]:

وهو بيع الزرع الأخضر والثمرة قبل بدو صلاحها بغير شرط القمع.

---

(١) المرجع السابق، جـ ٥، ص ٢٤٦.

(٢) ويدل على ذلك وغيره ما رواه البخاري عن أنس قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة، والمخاضرة، والملامسة، والمنابذة، والمزابنة» (صحيح البخاري، جـ ٣، ص ٩٧).

(٨) بيع النتاج :

وهو العقد على نتاج الماشية قبل أن تنتج ، ومنه بيع ما في ضروعها من لبن . روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة : «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المضامين والملاقيح»(١). والملاقيح : ما في البطون وهي الأجنة ، والمضامين : ما في أصلاب الفحول .

(٩) بيع حبل الحبلة :

وهو نتاج النتاج ، قال ابن عمر : «كان أهل الجاهلية يتبايعون لحوم الجزور الى حبل الحبلة . وحبل الحبلة : أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت . فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك» رواه مسلم وغيره(٢) .

هذا بالاضافة الى بيع السمن في اللبن ، وبيع الصوف على الظهر فكل هذه البيوع وأمثالها ، منهى عنها لما فيها من غرر وجهالة بالمعقود عليه .

حرمة شراء المغصوب والمسروق :

يحرم على المسلم أن يشتري شيئاً وهو يعلم أنه أخذ من صاحبه بغير حق ، لأن أخذه بغير حق لا ينقل الملكية من يد مالكه فيكون شراؤه له شراء ممن لا يملك ، مع ما فيه من التعاون على الإثم والعدوان المنهى عنهما .

بيع العنب لمن يتخذه خمراً وبيع السلاح في الفتنة :

لا يجوز بيع العنب لمن يتخذه خمراً ولا السلاح في الفتنة ولا لأهل الحرب ولا لقطاع الطريق ، ولا ما يقصد به الحرام ، وإذا وقع العقد فإنه يقع باطلاً(٣) . وذلك إذا علم قصد المشتري بذلك إما بقوله وإما بقرائن مختصة به ، لأن المقصود من العقد هو انتفاع كل واحد من المتابعين بالبدل فينتفع البائع بالثمن وينتفع

---

(١) سبل السلام للصنعاني ، جـ ٣ ، ص ٨٣٦ .

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ، جـ ٥ ، ص ٢٤٣ ، وصحيح البخاري ، جـ ٣ ، ص ٨٧ .

(٣) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي فإنهما يريان صحة العقد لتحقق أركانه وشروطه ، لأن الغرض غير المباح أمر مستتر ، فيترك الأمر فيه لله يعاقب عليه .

المشتري بالسلعة، وهنا لا يحصل المقصود من الانتفاع لما يترتب عليه من ارتكاب المحظور، ولما فيه من التعاون على الإثم والعدوان المنهى عنهما شرعاً، قال تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾[1] والنهي يقتضي التحريم.

ولما رواه الترمذي وابن ماجه عن أنس رضي الله عنه أنه قال: «لعن رسول الله ﷺ في الخمر عشرة عاصرها ومعتصرها وشاربها وحاملها والمحمولة اليه وساقيها وبائعها وآكل ثمنها والمشتري لها والمشتراة له»[2].

ولما رواه الطبراني في الأوسط بإسناد حسن عن عبدالله بن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه ممن يتخذه خمراً فقد تَقَحَّمَ النار على بصيرة»[3].

أما إذا لم يعلم البائع قصد المشتري بأن لم يعلم حاله، أو كان قصده محتملاً بأن كان يعمل الخل والخمر ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر فالبيع جائز[4].

بيع ما اختلط بمحرم:

إذا اشتملت الصفقة على مباح ومحرم ففيها قولان:

الأول: يصح العقد في المباح ويبطل في المحظور، وهو أظهر القولين للشافعي والمالكية.

الثاني: يبطل العقد فيهما.

النهي عن كثرة الحلف:

نهى رسول الله ﷺ عن كثرة الحلف فقال: «الحلف منفقة[1] للسلعة ممحقة

---

(١) سورة المائدة آية ٢.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني، مرجع سبق ذكره، جـ٣، ص ٨٣١.

(٣) المغني لابن قدامة، جـ٤، ص ٢٤٥، ٢٤٦.

(٤) ينفق: يروج وزناً ومعنى (رائد الطلاب، ص ٩٣١).

للبركة»[1] لما يترتب على ذلك من قلة التعظيم لله، وقد يكون سبباً من أسباب التغرير.

وقال رسول الله ﷺ: «إن التجار هم الفجار، فقيل: يا رسول الله أليس قد أحل الله البيع؟ قال: «نعم ولكنهم يحلفون فيأثمون ويحدثون فيكذبون» رواه أحمد وغيره بإسناد صحيح[2].

وعن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من حلف على مال امرىء مسلم بغير حقه لقي الله وهو عليه غضبان[3]، قال: ثم قرأ علينا رسول الله ﷺ مصداقة من كتاب الله عز وجل: «إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم»[4]، متفق عليه.

وروى البخاري أن أعرابياً جاء الى النبي ﷺ فقال: «يا رسول الله، ما الكبائر؟ قال: الإشراك بالله، قال: ثم ماذا؟ قال: اليمين الغموس، قلت: وما اليمين الغموس؟ قال التي يقتطع بها مال امرىء مسلم وهو فيها كاذب»[5]. وسميت غموساً لأنها تغمس صاحبها في نار جهنم والعياذ بالله ولا كفارة لها عند بعض الفقهاء لأنها لشدة فحشها وكبر إثمها لا يمكن تداركها بالكفارة.

البيع والشراء في المسجد:

يكره البيع والشراء في المسجد، لما روى أبو هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «إذا رأيتم من يبيع في المسجد فقولوا: لا أربح الله تجارتك وإذا رأيتم من ينشد ضالة في المسجد فقولوا: لا ردها الله عليك.» أخرجه الترمذي وقال: حديث

---

(١) رواه مسلم وغيره عن أبي هريرة، وفي رواية مسلم «ممحقة للربح» (راجع صحيح مسلم بشرح النووي، جـ ١١، ص ٤٤).

(٢) مسند الإمام أحمد بن حنبل، جـ ٣، ص ٤٢٨، ٤٤٤.

(٣) صحيح البخاري، جـ ٣، ص ٢٢١، ٢٢٢، واللفظ فيه «من حلف على يمين ليقتطع بها مالاً لقي الله وهو عليه غضبان».

(٤) سورة آل عمران آية ٧٧.

(٥) صحيح البخاري، جـ ٩، ص ٤. وانظر أيضاً سبل السلام للصنعاني، جـ ٤، ص ١٤٣٩.

حسن غريب[١]، ولأن المساجد لم تبن لهذا.

فإن باع فالبيع صحيح لأن البيع تم بأركانه وشروطه ولم يثبت وجود مفسد له وكراهة ذلك لا توجب الفساد، وفي قول النبي ﷺ «قولوا: لا أربح الله تجارتك» من غير اخبار بفساد البيع دليل على صحته[٢].

البيع عند أذان الجمعة:

البيع عند أذان الجمعة وعند ضيق وقت المكتوبة حرام ولا يصح عند الإمام أحمد بن حنبل[٣] لقول الله تعالى: «﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون﴾[٤]، والنهي يقتضي الفساد بالنسبة للجمعة، ويقاس عليها غيرها من سائر الصلوات المفروضة عند ضيق وقتها.

جواز التولية والمرابحة والوضيعة:

تجوز التولية والمرابحة والوضيعة، ويشترط أن يعرف كل من البائع والمشتري الثمن الذي اشتريت به السلعة.

والتولية هي البيع برأس المال دون زيادة أو نقص، والمرابحة هي البيع بالثمن الذي اشتريت به السلعة مع ربح معلوم، والوضيعة هي البيع بأقل من الثمن الأول.

بيع المصحف وشراؤه:

اتفق الفقهاء على جواز شراء المصحف، واختلفوا في بيعه، فأباحه الأئمة الثلاثة، وحرمته الحنابلة، وقال أحمد: لا أعلم في بيع المصاحف رخصة، والقول

---

(١) صحيح الترمذي، كتاب البيوع، الباب السادس والسبعون (نقلاً عن المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي، جـ ٣، ص ٥١٧، سنة ١٩٥٥ م).

(٢) المغنى لابن قدامة، جـ ٤، ص ٣٠٣.

(٣) وجوزه غيره مع الكراهة.

(٤) سورة الجمعة آية ٩.

بإباحته أولى بالاتباع، لأن البيع يقع على الجلد والورق لا على كلام الله وبيع ذلك مباح، ولأن فيه إعانة على نشر كتاب الله وتيسير النفع به.

هذا إذا كان البيع لمسلم، فإن كان لكافر ففي صحة البيع قولان أوجههما بطلان البيع لأنه عقد منع لحرمة الإسلام فلم يصح كتزويج المسلمة لكافر، إذ أنه يعرض المصحف للابتذال والإهانة[1].

بيع الماء

ماء الأنهار وماء البحار وماء العيون والأمطار هذه الأنواع كلها ملك الناس جميعاً وليس أحد أولى بها من أحد وهي لا تباع ولا تشترى ما دامت في موضعها، يقول الرسول ﷺ: «الناس شركاء في ثلاثة: الكلأ، والماء، والنار» رواه أحمد وأبو داود، ورجاله ثقات[2].

أما إذا أحرز الانسان الماء وحازه وأصبح ملكاً له فحينئذ يجوز بيعه، وكذا إذا حفر بئراً في ملكه أو صنع آلة لاستخراجه فإنه يجوز بيعه في هذه الحالات، فقد ثبت أن النبي ﷺ قدم المدينة وفيها بئر تسمى بئر رومة يملكها يهودي ويبيع الماء منها للناس فأقره على بيعه وأقر المسلمين على شرائهم منه، واستمر الأمر على هذا حتى اشتراها عثمان رضي الله عنه ووقفها على المسلمين[3]. ويكون بيع الماء في هذه الحالة نظير بيع الحطب بعد حيازته، فإنه قبل حيازته يكون مباحاً للجميع، فإذا حيز وأصبح مملوكاً لشخص معين صح بيعه، يقول الرسول ﷺ: «لأن يأخذ أحدكم حبلاً فيحتطب من حطب فيبيعها خير من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه»[4].

(١) المغني لابن قدامة، جـ ٤، ص ٢٩٢.

(٢) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٩٣٢.

(٣) ورد في ذلك أن النبي ﷺ قال: من يشتر بئر رومة يوسع بها على المسلمين وله الجنة. فاشتراها عثمان بن عفان من يهودي بأمر النبي ﷺ وسبلها للمسلمين، وروى أن عثمان اشترى منه نصفها باثني عشر ألفاً ثم قال لليهودي: اختر إما أن تأخذها يوماً وآخذها يوماً وإما أن تنصب لك عليها دلوا وأنصب عليها دلواً، فاختار يوماً ويوماً، فكان الناس يستقون منها في يوم عثمان لليومين، فقال اليهودي: أفسدت عليّ بئري فاشتر باقيها فاشتراه بثمانية آلاف درهم، (سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٠٤).

(٤) صحيح البخاري، جـ ٣، ص ١٤١.

وإذا بيع الماء فإن كان هناك جهاز يحسب مقدار الماء المستهلك مثل العداد فإن التقدير به تقدير صحيح، وإن لم يكن هناك جهاز يمكن به ضبط ما يؤخذ من الماء فيرجع فيه الى العرف.

وهذا كله في الأحوال العادية، أما إذا كانت هناك أحوال اضطرارية فيجب على مالك الماء أن يبذله دون أن يأخذ عليه ثمناً، فعن أبي هريرة أن الرسول ﷺ قال: «ثلاثة لا ينظر الله اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم رجل كان له فضل ماء بالطريق فمنعه من ابن السبيل، ورجل بايع إمامه لا يبايعه إلا لدنيا فإن أعطاه منها رضي وإن لم يعطه منها سخط، ورجل أقام سلعته بعد العصر فقال والله لا إله غيره لقد أعطيت بها كذا وكذا فصدقه رجل، ثم قرأ هذه الآية ﴿إن الذين يشترون بعهد الله وايمانهم قليلاً﴾....»[1].

بيع الاستصناع:

الاستصناع ما يصنع وفقاً للطلب. وهو معروف قبل الإسلام. وقد أجمعت الأمة على مشروعيته. وركناه الإيجاب والقبول. وهو جائز في كل ما جرى التعامل باستصناعه. وأثره إفادة الملك في الثمن والمبيع. وشرط صحته بيان جنس المستصنع ونوعه وصفته وقدره بياناً تنتفي معه الجهالة ويرتفع به النزاع.

والمشتري عند رؤية المبيع مخير بين أن يأخذه بكل الثمن وبين أن يفسخ العقد بخيار الرؤية. سواء وجده على الحالة التي وصفها أم لا، عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما، وقال أبو يوسف: إن وجده على ما وصف فلا خيار له دفعاً للضرر عن الصانع، إذ قد لا يشتري غيره المصنوع بما يشتريه به هو، وهو الأولى بالاعتبار.

بيع الوفاء[2]:

هو في الفقه الإسلامي أن يبيع المحتاج الى النقد عقاراً على أنه متى وفى

---

(١) صحيح البخاري، جـ٣، ص ١٣٨.

(٢) أستاذنا الشيخ ابراهيم دسوقي الشهاوي، المذاهب الفقهية «القسم الثاني، المعاملات» (الرهن) شركة الطباعة الفنية المتحدة ١٩٧٢ م بالقاهرة، ص ٧٤ وما بعدها.

الثمن استرد العقار[١].

وفي القانون هو البيع الـذي يحتفظ فيه البـائع لنفسـه بحق استرداد المبيـع خلال مدة معينة في مقابل رد الثمن ومصروفات العقد ومصروفات الاسترداد وما قد يكون المشتري قد أنفقه على المبيع[٢].

والفرق بينهما ظاهر، لأنه في الفقه الإسـلامي لا يكون إلا في بيـع العقار، بينما يكون في القانون في بيع العقار وغيره.

وحكمه في الفقه الإسلامي حكم الرهن على أرجح الأقوال[٣].

أما حكمه في القانون فهو أنه يقـع باطـلاً، لأنه وسيلة ملتـوية من وسـائل الضمان تبدأ ستاراً لرهن وينتهي الرهن الى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس[٤].

بيع العِينَة:

هو أن يبيع سلعة بثمن معين الى أجل ثم يشتريها ممن اشتراها منه بثمن حال أقل.

وهذا البيع حرام ويقع باطلاً[٥] لأنه في حقيقته ربا وإن كان في صورة بيع وشراء، لما رواه ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إذا ضن الناس بالـدينار والـدرهم وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم بـلاء فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم»[٦]. أخرجه أحمد وأبو داود والطبراني وابن القطان وصححه، وقال الحافظ ابن حجر: رجاله ثقات.

وأخرج مالـك والدارقـطني أن العاليـة[٧] بنت أيفع بن شـرحبيل قـالت:

---

(١) فقه السند للسيد سابق، جـ٣، ص ١٥١.

(٢) راجع تفصيل ذلك في كتابنا، دروس في عقد البيع، السابق، ص ٣٤.

(٣) فقه السنة للسيد سابق، جـ٣، ص ١٥١.

(٤) راجع المادة ٤٦٥ من القانون المدني المصري الحالي.

(٥) وهذا مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد، ويرى غيرهم جوازه ومنهم الشافعي لتحقق ركنه، ولا عبرة بالنية التي لا يمكن تحققها يقيناً.

(٦) نيل الأوطار للشوكاني، جـ٥، ص ٣١٨، وسبل السلام للصنعاني، جـ٣، ص ٨٥٢.

(٧) هي زوج أبي اسحاق الهمذاني الكوفي السبيعي.

«دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة رضي الله عنها، فقالت أم ولد زيد بن أرقم: إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة ثم اشتريته بستمائة درهم نقداً، فقالت: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت، أبلغي زيد بن أرقم: أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب» ولا تقول السيدة عائشة ذلك إلا توقيفاً[1].

بيع الثمار والزروع:

بيع الثمار قبل بدو الصلاح، وبيع الزرع قبل اشتداد الحب لا يصح مخافة التلف وحدوث العاهة قبل أخذها. روى البخاري ومسلم عن ابن عمر: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها (نهي البائع والمبتاع)[2]، وروى مسلم عن ابن عمر ايضا أن النبي ﷺ: نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة (نهي البائع والمشتري)[3].

فإن بيعت الثمار قبل بدو الصلاح والزروع قبل اشتداد الحب بشرط القطع في الحال صح إن كان يمكن الانتفاع بها ولم تكن مشاعة، لأنه لا خوف في هذه الحال من التلف ولا خوف من حدوث العاهة.

فإن بيعت بشرط القطع ثم تركها المشتري حتى بدا صلاحها، قيل إن البيع يبطل، وقيل لا يبطل ويشتركان في الزيادة.

هذا هو الحكم بالنسبة لغير مالك الأصل ولغير مالك الأرض، فإن بيعت الثمار قبل بدو صلاحها لمالك الأصل صح البيع كما لو بيعت الثمرة قبل بدو الصلاح مع الأصل وكذلك يصح بيع الزرع قبل بدو الصلاح لمالك الأرض لحصول التسليم بالنسبة للمشتري على وجه الكمال.

بم يعرف الصلاح:

يعرف صلاح البلح بالاحمرار والاصفرار، أخرج البخاري ومسلم عن أنس

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٣١٧.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي، جـ ١٠، ص ٧٧، ٧٨. وصحيح البخاري، جـ ٣، ص ٩٥.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي، جـ ١٠، ص ١٧٨، ١٧٩.

أن النبي ﷺ : نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو. قيل لأنس: وما زهوها؟ قال: تحمار وتصفار»[1] ويعرف صلاح العنب بظهور الماء الحلو واللين والاصفرار، وما ورد من النهي عن بيع العنب حتى يسود[2] فإنه بالنسبة للعنب الأسود، ويعرف صلاح سائر الفواكه بطيب الأكل وظهور النضج، ويعرف صلاح الحبوب والزروع بالاشتداد[3].

بيع الثمار التي تظهر بالتدريج:

إذا بدا صلاح بعض الثمر أو الزرع جاز بيعه جميعاً صفقة واحدة مما بدا صلاحه وما لم يبد منه متى كان العقد وارداً على بطن واحدة.

وكذلك يجوز البيع إذا كان العقد على أكثر من بطن وأريد بيعه بعد ظهور الصلاح في البطن الأول، ويتصور هذا في حالة ما إذا كان الشجر مما ينتج بطوناً متعددة كالموز من الفواكه، والقثاء من الخضروات، والورد من الأزهار ونحو ذلك مما تتلاحق بطونها، والى هذا ذهب فقهاء المالكية وبعض فقهاء الحنفية والحنابلة[4] واستدلوا على هذا بما يأتي:

أولاً: أنه ثبت عن الشارع جواز بيع الثمر إذا بدا صلاح بعضه فيكون ما لم يبد صلاحه تابعاً لما بدا منه، فكذلك ما هنا يقع العقد فيه على الموجود ويكون المعدوم تبعاً له[5].

ثانياً: أن عدم جواز هذا البيع يؤدي الى محظورين:

أ ـ وقوع التنازع ب ـ تعطيل الأموال

أما وقوع التنازل فإن العقد كثيراً ما يقع على المزارع الواسعة ولا يتمكن المشتري من قبض البطن الأول من ثمارها إلا في وقت قد يطول ويتسع لظهور شيء من

---

(١) صحيح البخاري، جـ٣، ص ٩٦، ٩٧.

(٢) سبل السلام للصنعاني، جـ٣، ص ٨٦٢.

(٣) وعند الأحناف أن بدو الصلاح يكون بأن تؤمن العاهة والفساد، أي أن المعتبر ظهور الثمرة.

(٤) بينما يرى بعض الفقهاء عدم الجواز وقالوا: يجب أن يباع كل بطن على حدة.

(٥) هذا اذا اشترى جميع الثمار، أما اذا اشترى بعضها فلكل شجرة حكم بنفسها.

البطن الثاني ولا يمكن تميزه عن البطن الأول فيقع النزاع بين المتعاقدين ويأكل أحدهما مال الآخر.

أما المحظور الثاني فإن البائع قلما يتيسر له في كل وقت من يشتري منه ما يظهر من ثمره أولاً فأول فيؤدي ذلك الى تعطيل أمواله، بل وضياعها.

وإذا كان ذلك كذلك فإنه يجوز البيع، في هذه الصورة.

والقول بعدم الجواز يوقع في الحرج والمشقة وهما مرفوعان بقوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾[1].

بيع الحنطة في سنبلها:

يجوز عند الحنفية والمالكية بيع الحنطة في سنبلها والبقلاء في قشره والأرز والجوز واللوز، لأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير، ولأن الضرورة تدعو اليه فيغتفر ما فيه من غرر، ولأن النبي ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة[2]. ومعنى ذلك أنه لو أمن العاهة ببياضة جاز بيعه في سنبله.

وضع الجوائح:

الجوائح جمع جائحة وهي الآفة التي تصيب الزرع أو الثمار فتهلكها دون أن يكون لآدمي صنع فيها، مثل القحط والعطش والبرد وما إلى ذلك.

وحكم الجوائح: أنه إذا بيعت الثمرة بعد ظهور صلاحها وسلمها البائع للمشتري بالتخلية، ثم تلفت بالجائحة قبل أوان الجذاذ فهي من ضمان البائع، وليس على المشتري أن يدفع ثمنها، لأن الرسول ﷺ «أمر بوضع الجوائح» رواه مسلم عن جابر. وفي لفظ قال: «إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ من ثمنه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»[3].

---

(١) سورة الحج آية ٧٨.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي، جـ ١٠، ص ١٧٨، ١٧٩.

(٣) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٦٣، وصحيح مسلم بشرح النووي، جـ ١٠، ص ٢١٦.

وهذا الحكم في حالة ما إذا لم يبعها البائع مع أصلها أو لم يبعها لمالك أصلها أو يؤخر المشتري أخذها عن عادته، ففي هذه الحالات تكون من ضمان المشتري. فإن لم يكن التلف بسبب الجائحة بل كان من عمل الآدمي، فللمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن على البائع وبين الإمساك ومطالبة المتلف بالقيمة. وقد ذهب الى هذا أحمد بن حنبل وأبو عبيد وجماعة من أصحاب الحديث ورجحه ابن القيم. وقال مالك: يوضع الثلث فصاعداً ولا يوضع فيما هو أقل من الثلث.

وذهب جمهور العلماء الى أن الأمر بوضع الجوائح أمر ندب واستحباب عن طريق المعروف والإحسان لا على سبيل الوجوب والإلزام، واستدلوا بأنه أمر حدث بعد استقرار ملك المشتري عليها، فلو أراد أن يبيعها أو يهبها لصح ذلك منه فيها، وقد نهى رسول الله ﷺ عن «ربح ما لم يضمن»[١] فإذا صح بيعها ثبت أنها من ضمانه، وقد نهى رسول الله ﷺ «عن بيع الثمرة قبل صلاحها[٢] فلو كانت الجائحة بعد بدو الصلاح من ضمان البائع لم يكن لهذا النهي فائدة». ولهذا يبدو لنا أن هذا هو الرأي الراجح.

بيع العربون:

بيع العربون في الفقه الإسلامي هو أن يشتري المشتري شيئاً ويدفع جزءاً من ثمنه الى البائع، فإن نفذ البيع احتسب من الثمن، وإن لم ينفذ أخذه البائع على أنه هبة له من المشتري.

وقد ذهب جمهور الفقهاء الى عدم صحة هذا البيع، لما روي أن النبي ﷺ نهى عن بيع العربان[٣].

ولكن الإمام أحمد ضعف هذا الحديث وأجاز بيع العربون، لما رواه عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف

---

(١) سبل السلام للصنعاني، جـ٣، ص ٨٠٩، ٨١٠.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٢٧٥.

(٣) العربان والعربون بمعنى واحد (انظر في هذا الحديث نيل الأوطار للشوكاني، جـ٥، ص ٢٥٠، وسبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨١١).

درهم فإن رضي عمر كان البيع نافذاً، وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم[1].

وقال ابن سيرين وابن المسيب لا بأس إذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً، وأجازه أيضاً ابن عمر[2].

وقد نظم القانون[3] بيع العربون فنص على أن: «١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. ٢- فإذا عدل من دفع العربون، فقده. وإذا عدل من قبضه رد ضعفه. هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر».

ومن هذا النص الصريح يتضح أن القانون يتفق وقول ابن سيرين وابن المسيب وابن عمر. كما يتفق ورأي الإمام أحمد في حالة عدول من دفع العربون، وأما في حالة عدول من قبضه فإن هذا الرأي الأخير قد سكت عن بيانه، ولهذا لا يرد إلا ما قبضه فقط، وذلك بخلاف القانون الذي يوجب عليه رد ضعف ما قبضه.

الاختلاف بين البائع والمشتري:

إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن وليس بينهما بينة فالقول قول البائع مع يمينه، والمشتري مخير بين أن يأخذ السلعة بالثمن الذي قال به البائع وبين أن يحلف بأنه ما اشتراها بهذا الثمن وإنما اشتراها بثمن أقل. فإن حلف بريء منها وردت السلعة على البائع إن كانت قائمة أو قيمتها إن كانت تالفة إلا أن يشاء المشتري أن يعطي الثمن على ما قال البائع.

ودليل ذلك ما رواه أبو داود عن عبدالرحمن بن قيس بن الأشعث عن أبيه عن جده قال: اشترى الأشعث رقيقاً من رقيق الخمس من عبدالله بن مسعود بعشرين ألفاً، فأرسل عبدالله إليه في ثمنهم. فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف،

---

(١) فقه السنة للشيخ السيد سابق، جـ٣، ص ١٥٧.
(٢) المغني لابن قدامة، جـ ٤، ص ٢٥٦، ٢٥٧.
(٣) المدني المصري في المادة ١٠٣٠.

فقال عبدالله: فاختر رجلاً يكون بيني وبينك، قال الأشعث: أنت بيني وبين نفسك، قال عبدالله: فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فالقول ما يقول رب السلعة أو يتتاركان»(١). أي يفسخان العقد، وقد تلقى العلماء هذا الحديث بالقبول، وقال بعمومه الإمام الشافعي.

وكما يتحالف البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان أيضاً إذا اختلفا في الأجل، أو في الرهن أو في الضمين، أو في خيار الشرط، أو في غير ذلك من الشروط الصحيحة.

وإذا اختلفا في عين المبيع، فالقول قول كل واحد منهما فيما ينكره مع يمينه، لأن كل واحد منهما يدعي عقداً على عين ينكرها المدعى عليه، والقول قول المنكر، ثم يترادان البيع.

وإن اختلفا في صفة الثمن رجعا الى نقد البلد، لأن الظاهر أنهما لا يعقدان إلا به، وإن كان في البلد نقود رجعا الى ما كانت المعاملة به أكثر، لأن الظاهر وقوع المعاملة به، وإذا لم يكن في البلد إلا نقدان متساويان، فينبغي أن يتحالفا، لأنهما اختلفا في الثمن على وجه لم يترجح قول أحدهما، فيتحالفان كما لو اختلفا في قدره.

هلاك المبيع قبل القبض وبعده: (٢)

إذا هلك المبيع كله أو بعضه قبل القبض فإما أن يكون الهلاك بفعل المشتري أو بفعل أجنبي أو بفعل البائع أو بفعل المبيع نفسه أو بآفة سماوية.

فإن كان الهلاك بفعل المشتري فإن البيع لا ينفسخ ويبقى العقد كما هو، وعليه أن يدفع الثمن كله، لأنه هو المتسبب في الهلاك.

وإن كان الهلاك بفعل أجنبي فإن المشتري بالخيار بين الرجوع على هذا الأجنبي وبين فسخ العقد.

---

(١) سبل السلام للصنعاني، جـ٣، ص ٧٩٢.

(٢) فقه السنة للسيد سابق، جـ٣، ص ١٥٨، ١٥٩.

وإن كان الهلاك بفعل البائع أو بفعل المبيع نفسه أو بآفة سماوية وهلك المبيع كله قبل القبض فإن البيع يفسخ.

أما إذا هلك بعض المبيع بفعل البائع سقط عن المشتري من الثمن بقدر الجزء الهالك. ويخير في الباقي بأخذه بحصته من الثمن.

وإذا هلك بعض المبيع بفعل المبيع نفسه فإنه لا يسقط شيء من ثمنه، والمشتري مخير بين فسخ العقد وبين أن يأخذ ما بقي بجميع الثمن.

وإذا كان الهلاك بآفة سماوية ترتب عليها نقصان قدره فيسقط من الثمن بقدر النقصان الحادث، ثم يكون المشتري بالخيار بين فسخ العقد وبين أخذ الباقي بحصته من الثمن.

وأما إذا هلك المبيع بعد القبض فيكون من ضمان المشتري، ويلزم بثمنه إن لم يكن فيه خيار للبائع، وإلا فيلزم بالقيمة أو المثل.

الفصل الحادي عشر
الشروط في البيع والتسعير والاحتكار والخيار والاقالة

أولاً ـ الشروط في البيع

الشروط في البيع قسمان:

القسم الأول: صحيح لازم.

القسم الثاني: فاسد يحرم اشتراطه.

فالقسم الأول: من الشروط: وهو الصحيح اللازم على ثلاثة أنواع:

النوع الأول:

شرط يقتضيه عقد البيع: بأن يشترط شيئاً يجعله الشارع من مقتضى العقد كالتقابض وحلول الثمن وتصرف كل واحد من المتبايعين فيما يصير اليه من ثمن أو مبيع ونحو ذلك، فهذا النوع لا يؤثر ذكره في العقد ووجوده كعدمه لأنه بيان وتأكيد لما يقتضيه العقد.

النوع الثاني:

شرط فيه مصلحة تعود على المشترط ولا تتنافى مع مقتضى العقد: كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله كله أو بعضه الى وقت معلوم، أو شرط صفة معينة في المبيع كأن تكون الدابة لبونا أو حاملاً، فإذا وجد الشرط لزم البيع، وإن لم يوجد الشرط كان للمشتري فسخ العقد لفوات الشرط، وبفوات الشرط تفوت الحكمة التي من أجلها قصد البيع، ويؤيد ذلك قول الرسول ﷺ «المسلمون عند شروطهم»[1].

---

(١) صحيح البخاري، جـ٣، ص ١٤٤، وسبل السلام، جـ٣، ص ٨٨٣.

النوع الثالث:

شرط فيه نفع معلوم للبائع أو المشتري: كما لو باع داراً واشترط منفعتها مدة معلومة كأن يسكنها شهراً أو شهرين، وكذلك لو باع دابة واشترط أن تحمله الى موضع معين، لما رواه البخاري ومسلم عن جابر: أنه باع النبي ﷺ جملاً واشترط ظهره الى المدينة، متفق عليه[1].

وأيضاً يصح أن يشترط المشتري على البائع نفعاً معلوماً كحمل ما باعه الى موضع معلوم[2] أو تكسيره أو خياطته أو تفصيله، وقد اشترى محمد بن مسلمة حزمة حطب من نبطي وشارطه على حملها واشتهر ذلك فلم ينكر.

وهذا مذهب أحمد والأوزاعي وأبي ثور واسحاق وابن المنذر.

وذهب الشافعي والأحناف الى عدم صحة هذا البيع، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط. ولكن هذا النهي لم يصح، وإنما نهى عن شرطين في بيع[3]، وهذا دال بمفهومه على جواز الشرط الواحد.

وقال مالك: إذا اشترط ركوباً الى مكان قريب جاز، وإن كان الى مكان بعيد كره، لأن اليسير تدخله المسامحة.

القسم الثاني: من الشروط: وهو الشرط الفاسد الذي يحرم اشتراطه، وهو أيضاً على ثلاثة أنواع:

الأول:

ما يبطل العقد من أصله: كأن يشترط على صاحبه عقداً آخر. مثل قول البائع للمشتري: أبيعك هذا على أن تبيعني كذا أو تقرضني أو تزوجني ابنتك أو على أن أزوجك ابنتي وهكذا. ودليل ذلك قول الرسول ﷺ: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع»[4] رواه الترمذي وصححه. وهو قول أحمد وأبي حنيفة

---

(١) صحيح البخاري، جـ٣، ص ٢٣٥.

(٢) فإن لم يكن معلوماً لم يصح الشرط، فلو شرط الحمل الى منزله والبائع لا يعرفه لم يصح الشرط.

(٣) سبل السلام للصنعاني، جـ٣، ص ٨١٠.

(٤) المرجع السابق في نفس الموضع المذكور.

والشافعي وجمهور الفقهاء.

وجوزه مالك وجعل العوض المذكور في الشرط فاسداً.

الثاني:

ما يصح معه البيع ويبطل الشرط: وهو الشرط المنافي لمقتضى العقد، مثل اشتراط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع أو لا يهبه، لقوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط» متفق عليه[1]، وإلى هذا ذهب أحمد والحسن والشعبي والنخعي وأبي ثور وابن أبي ليلى.

وقال أبو حنيفة والشافعي: البيع فاسد.

الثالث:

ما لا ينعقد معه بيع: وهو كل بيع علق على شرط مستقبل، مثل بعتك إن رضي فلان أو إن جئتني بكذا.

هذا، والمقبوض بعقد بيع فاسد لا يملك به، ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا غيره، ويضمن المشتري المقبوض ببيع فاسد، ويلزم المشتري رد نماء المبيع وأجرة مثله مدة بقائه في يده، وإن نقص في يده فمن نقصه، وإن تلف أو أتلف فعليه ضمان قيمته.

ثانياً ـ التسعير

معنى التسعير:

التسعير معناه: وضع ثمن محدد للسلع التي يراد بيعها بحيث لا يظلم المالك ولا يرهق المشتري.

النهي عن التسعير:

روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: غلا السعر في المدينة على عهد رسول الله ﷺ فقال الناس: يا رسول الله غلا السعر، فسعر لنا فقال الرسول

---

(١) صحيح البخاري مع اختلاف في الألفاظ، جـ٣، ص ٨٩.

ﷺ : «إن الله هـو المسعر، القابض، الباسط، الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال»(١).

وقد استنبط العلماء من هذا الحديث حرمة تدخل الحاكم في تحـديد سعـر السلع، لأن ذلك مظنة الظلم. والناس أحرار في التصرفات المالية والحجر عليهم منـاف لهذه الحرية. ومراعاة مصلحـة المشتري ليست أولى من مـراعاة مصلحـة البائع فإذا تقابل الأمران وجب تمكين الطرفين من الاجتهاد في مصلحتهما. وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به مناف لقول الله تعالى: «إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم»(٢) وقول الرسول ﷺ : «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفســه»(٣) ثم إن التسعـير يؤدي الى اختفــاء السلع، وذلـك يؤدي الى ارتفـــاع الأسعـار، وارتفاع الأسعـار يضر بالفقـراء فلا يستـطيعون شـراءها، بينـما يقوى الأغنياء عل شـرائها من السـوق الخفية بغبن فـاحش، فيقع كـل منهما في الضيق والحرج ولا تتحقق لهما مصلحة، وما ذلك إلا بسبب التسعير.

الترخيص في التسعير عند الحاجة إليه:

على أن التجار إذا ظلموا وتعدوا تعدياً فـاحشاً يضر بـالسوق، وجب عـلى الحاكم أن يتدخل ويحدد السعر صيانة لحقوق الناس ومنعاً للاحتكار ودفعاً للظلم الواقع عليهم من جشع التجار.

ولذلك يرى المالكية وبعض الشافعية جواز التسعـير في حالـة الغلاء، كـما دهب إلى إجازته في كثير من السلع جماعة منهم بعض أئمة الزيدية، ومنهم سعيد ابن المسيب، وربيعـة بن عبد الـرحمن، ويحيى بن سعد الأنصـاري، وذلـك إذا دعت مصلحة الجماعة التسعير.

---

(١) أورده الصنعاني في سبل السلام، جـ٣، ص ٨٢٤، وقال رواه الخمسة إلا النسائي.
(٢) سورة النساء آية ٢٩.
(٣) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٧٨.

ثالثاً ـ الاحتكار

تعريفه:

الاحتكار هو حبس الشيء عن البيع ليقل بين الناس وهم في حاجة اليه فيغلو سعره فيبيعه المحتكر ويصيب الناس بسبب ذلك الضرر.

حكمه:

الاحتكار حرمه الشارع ونهى عنه، لما فيه من الجشع والطمع وسوء الخلق والتضييق على الناس، روى أبو داود والترمذي ومسلم عن معمر بن عبدالله أن النبي ﷺ قال: «لا يحتكر إلا خاطيء»[1]. وعن أبي هريرة قال: «قال رسول الله ﷺ من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطيء»[2].

وروى أحمد والحاكم وابن أبي شيبة والبزار أن النبي ﷺ قال: «من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد بريء من الله وبريء الله منه»[3]. وروى ابن ماجة عن عمر رضي الله عنه «قال سمعت النبي ﷺ يقول: من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس»[4]. وروى ابن ماجة والحاكم عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»[5] والجالب هو الذي يجلب السلع ويبيعها بربح يسير، وروى أحمد والطبراني عن معقل بن يسار أن النبي ﷺ قال: «من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغلبه عليهم كان حقاً على الله تبارك وتعالى أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة»[6].

فهذه الأحاديث دلت على تحريم الاحتكار مطلقاً، سواء أكان المحتكر قوتاً

---

(١) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٢٥.
(٢) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٣٣٦.
(٣) مسند الامام أحمد بن حنبل، جـ ٢، ص ٣٣.
(٤) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٣٣٦.
(٥) سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، الباب السادس، ومسند الدارمي، كتاب البيوع، الباب الاثني عشر. (نقلاً عن المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي، جـ ١، ص ٣٥٣).
(٦) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٣٣٦.

لآدمي أم لغيره أم كان غير قوت مما يحتاج بنو البشر ويتضررون لعدم وجوده في الأسواق، والتصريح بالطعام كما ورد في بعض الأحاديث لا يصلح لتقييد الروايات المطلقة، بل هو للتنصيص على فرد من الأفراد التي يصدق عليها المطلق لخصوصية فيه وهي شدة الاحتياج اليه أكثر من غيره[1].

شروط تحريمه:

الاحتكار المحرم هو الذي توفرت فيه شروط ثلاثة هي:

(١) أن يكون الشيء المحتكر فاضلاً عن حاجة صاحبه وحاجة من يعولهم سنة كاملة، لأنه يجوز أن يدخر الإنسان نفقته ونفقة أهله هذه المدة، وقد ثبت أن النبي ﷺ كان يفعل ذلك في التمر وغيره[2].

(٢) أن يكون صاحب الشيء قد انتظر الوقت الذي تغلو فيه السلع ليبيع بالثمن الفاحش لشدة الحاجة اليه.

(٣) أن يكون الاحتكار في الوقت الذي يحتاج الناس فيه الى المواد المحتكرة من الطعام والثياب ونحوها، فلو كانت هذه المواد لدى عدد من التجار ولا يحتاج الناس اليها، فإن ذلك لا يعد احتكاراً، حيث لا يقع ضرر بالناس.

رابعاً ـ الخيار

تعريفه وأهم أنواعه:

الخيار هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما الحق في اختيار إمضاء العقد وتنفيذه، أو فسخه ورفعه من أساسه[3]، وهو أنواع أهمها:

---

(١) يرى بعض الفقهاء أنه اذا احتكر زرعه أو صنعة يده فلا بأس، ويرى الشافعي وأحمد أن الاحتكار لا يكون إلا في الطعام لأنه قوت الناس، ولكني أرى مع البعض الآخر أن الاحتكار في أي شيء حرام لضرره حيث لا يكون الثمن متعادلاً مع السلعة المحتكرة.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٣٣٧.

(٣) أستاذنا الشيخ عبد الحميد الغفاري، محاضرات في خيارات البيع في الفقه الاسلامي والقانون=

(١) خيار المجلس (٢) خيار الشرط
(٣) خيار العيب (٤) خيار الوصف.
(٥) خيار التدليس (٦) خيار الغبن[١]

(١) خيار المجلس[٢]

تعريفه وحكمته ودليله:

خيار المجلس هو أن يكون لكل من المتبايعين الخيار في إبقاء العقد أو فسخه وإلغائه ما داما مجتمعين في المجلس لم يتفرقا ما لم يتبايعا على أنه لا خيار بينهما.

فقد يحدث أن يتسرع أحد المتعاقدين في الإيجاب أو القبول، ثم يبدو له أن مصلحته تقتضي عدم إنفاذ العقد. فجعل له الشارع هذا الحق لتدارك ما عسى أن يكون قد فاته بالتسرع.

روى ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع» متفق عليه، واللفظ لمسلم[٣].

وروي أن ابن عمر كان إذا بايع رجلاً مشى خطوات ليلزم البيع[٤].

وروى البخاري ومسلم عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا. فإن صدقا وبيّنا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما[٥]، أي أن لكل من المتبايعين حق إمضاء العقد أو الغائه ما داما

= الوضعي، على آلة كاتبة سنة ١٩٧٤ م بالقاهرة، ص ٢، ود. عدنان خالد التركماني في ضوابط العقد في الفقه الاسلامي، ص ٢٠٥.

(١) بالاضافة الى خيار الرؤية، وخيار التعيين، وخيار النقد.
(٢) الشيخ الغفاري، في خيارات البيع، ص ٦ وما بعدها.
(٣) سبل السلام للصنعاني، جـ٣، ص ٨٣٨.
(٤) صحيح البخاري، جـ٣، ص ٧٩.
(٥) المرجع السابق، في نفس الموضوع المذكور.

لم يتفرقا بالأبدان، والتفرق يقدر في كل حالة بحسبها، والمرجع في ذلك موكول إلى العرف فما اعتبر في العرف تفرقا حكم به وما لا فلا.

اختلاف الفقهاء في ثبوت خيار المجلس والرأي الراجح:

ذهب جماهير العلماء من الصحابة والتابعين الى ثبوت خيار المجلس في البيع، وبهذا الرأي أخذ الشافعي وأحمد من الأئمة للأدلة السابقة.

بينما ذهب مالك والحنفية الى القول بعدم ثبوت خيار المجلس، وأن العقد يلزم بمجرد الإيجاب والقبول، ولا خيار للمتعاقدين، مستدلين بأن عقد البيع عقد معاوضة فلزم كالنكاح والخلع، وحملا التفرق في الحديث على التفرق في الأقوال.

والرأي الراجح هو ثبوت خيار المجلس، لما بينا من الأحاديث، وأنه لا يصح قياس البيع على النكاح، لأن في ثبوت الخيار في النكاح مضرة، لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد، وإلحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت فيه خيار لذلك، ولأن النكاح لا يقع غالباً إلا بعد روية ونظر وتمكث فلا يحتاج الى الخيار بعده. وأن التفرق في الحديث هو التفرق بالأبدان ولا يصح أن يكون بالأقوال، إذ اللفظ لا يحتمل، فليس بين المتبايعين تفرق بلفظ وإنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه. وأن هذا يبطل فائدة الحديث، إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه، وأنه قال في الحديث: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار» فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما وقال: «وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع». وأنه يرده تفسير ابن عمر للحديث بفعله، فإنه كان إذا بايع رجلاً مشى خطوات ليلزم البيع[1].

سقوط خيار المجلس وانقطاعه:

يسقط خيار المجلس بإسقاط المتبايعين له بعد العقد، وإن أسقط أحدهما بقي خيار الآخر، وينقطع بموت أحدهما في المجلس عند الحنابلة، وينتقل الى الورثة عند الشافعية[2].

---

(١) المغني لابن قدامة، جـ٣، ص ٥٦٣، ٥٦٤.

(٢) الشيخ عبد الحميد الغفاري في خيارات البيع، ص ١٠، ١١.

(٢) خيار الشرط[1]

تعريفه ودليله:

خيار الشرط هـو أن يكون لأحـد العاقـدين أو لكليهما أو لغيـرهما الحق في امضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة إذا شرط ذلك في العقد.

فهو كمـا يدل عليه اسمه لا يثبت إلا بالشرط، وذلك عند جمهور الفقهاء، فسببه هو الاشتراط، وقال مالك يثبت بالشرط أو بالعادة على معنى أنه لـو جرت عادة الناس بثبوت الخيار في سلعة من السلع ثبت الخيار فيها من غير شرط.

وثبتت مشروعيته رغم كونه مخالفاً لمقتضى العقد وهو اللزوم بمجرد تمامه، بما روي أن حبان بن منقذ الأنصاري كان يغبن في البياعات فشكـا أهله إلى رسول الله ﷺ رجاء أن يحجر عليه ويمنعه من البيع والشراء، فقال رسول الله: «إذا بايعت فقـل لا خلابـة ولي الخيار ثـلاثة أيـام»[2] ومعنى الخلابـة لا غش ولا خـديعـة. والحديث صريح في تشريع الخيار لمعنى وهو الاستيثاق من أن هذا العقد لا غبن فيه ليكون الرضا به تاماً، وليس في الحديث ما يفيد أنه خصوصية لحبان.

ويدل على مشروعيته أيضاً، ما جاء عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «كل بيّعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار»[3]، أي لا يلزم البيع بينهما حتى يتفرقا إلا إذا اشترط أحدهما شرط الخيار مدة معلومة.

مدة خيار الشرط:

اختلف الفقهاء في مدة خيار الشرط فجعلها بعضهم كأبي حنيفة والشافعي ثلاثة أيام فما دونها، ولا يصح أن تزيد عندهم على ذلك، وحجتهم أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فكان الأصل فيه الفساد لولا ورود النص وحينئذ يقتصر فيه على ما ورد بالنص.

---

(١) المرجع السابق، ص ٥٣ وما بعدها، ود. عدنان التركماني، في مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٨ وما بعدها.

(٢) سبل السلام للصنعاني، جـ٣، ص ٨٠.

(٣) صحيح البخاري، جـ٣، ص ٨٠.

وذهب آخرون كأبي يوسف ومحمد ومالك وأحمد بن حنبل الى أن المدة لا تقيد بثلاثة أيام بل يجوز أن تزيد على ذلك حسب اتفاق العاقدين، لأن الخيار شرع للتروي والمشورة ولتفادي الخديعة وقد لا تكفي الأيام الثلاثة، والأمر يختلف باختلاف الأشخاص والسلع، فيترك الأمر الى تقدير المتعاقدين واتفاقهما حين التعاقد على مدة معلومة تمنع وقوع التنازع فيها بعد، ثم قالوا: إن تقدير الرسول لحبان ثلاثة أيام لأنها كانت كافية، لا لأنه لا يجوز أكثر منها، ولذلك يبدو لنا أن هذا الرأي هو الرأي الراجح.

لمن يثبت خيار الشرط؟:

لا خلاف بين الفقهاء في أن خيار الشرط يثبت للعاقدين أو لأحدهما بالشرط ـ سواء شرط الشارط لنفسه أم شرط للعاقد الآخر ـ ولكن الخلاف في اشتراطه لأجنبي، كأن يقول البائع للمشتري: بعت لك هذه السيارة بكذا على أن الخيار لفلان «شخص يسميه» مدة ويحدد المدة فيقبل المشتري، فهذه الصورة أجازها جمهور الفقهاء وخالف فيها زفر من الحنفية والشافعي في أحد القولين، مستدلين بأن الخيار أثر من آثار العقد وحكم من أحكامه، ولا يصح أن يجعل شيء من ذلك لغير العاقدين، ولكن الجمهور يقرون أن الحق في اشتراط الخيار ثابت أولاً للعاقد فهو حق مقرر له فإذا جعله لغيره كان هذا بطريق الإنابة والتوكيل، والتوكيل جائز، ولا يترتب عليه جعل حقوق العقد وأحكامه لمن شرط له الخيار، وما دام الاشتراط للأجنبي من باب الإنابة، فيكون الخيار للاثنين، للشارط باعتباره أصيلاً، ولمن شرط له باعتباره نائباً ووكيلاً، وينفذ اختيار السابق منهما إجازة أو فسخاً، لأنه إن كانت الإجازة هي السابقة جاء الفسخ وقد وجد العقد لازماً فلا يعمل شيئاً، وإن كان الفسخ السابق لم تجد الإجازة عقداً تلحق به، وإذا لم يعلم السابق رجح الفسخ لأنه الأقوى.

خيار الشرط والعقود التي يشترط في صحتها القبض في مجلس العقد:

لا يدخل خيار الشرط العقود التي يشترط في صحتها القبض في مجلس العقد كالسلم وبيع الربويات بعضها ببعض، لأن شرط الصحة فيها ذكر وجوب القبض في المجلس، وعدم القبض مفسد لهذه العقود، فيكون بين الخيار وصحة تلك

العقود منافاة فلا يصح اشتراطه[1].

الامضاء والفسخ في خيار الشرط:

إذا ثبت خيار الشرط لأحد العاقدين ملك امضاء العقد وفسخه في أي وقت شاء في مدة الخيار، فإذا مضت المدة من غير اختيار أحد الأمرين نفذ العقد ولزم.

ولا يلزم في الامضاء أو الفسخ لفظ معين بل يصح أن يكون بأي لفظ يدل عليه، فإذا قال أمضيت العقد أو أنفذته أو لا أريد نفذ العقد، وكذا في جانب الفسخ.

وكما يصح كل منهما باللفظ يصح أن يكون بالفعل الدال عليه أو المتضمن له، فإذا باع شخص سيارة لآخر على أنه بالخيار وفي مدة الخيار باعها لشخص غير الأول أو رهنها فإن هذا يكون فسخاً للعقد، وإذا تصرف المشتري المشروط له الخيار في محل العقد تصرف المالك بأن أجره لغيره أو رهنه أو باعه يعتبر ذلك منه إمضاء للعقد.

هذا إذا كان الخيار لواحد، أما إذا كان الخيار لهما معاً ملك كل واحد منهما إمضاء العقد وفسخه، فإذا زال العقد سقط ذلك الخيار، وإذا أمضاه أحدهما بقي الآخر على خيار لوجود العقد، فإن أمضاه نفذ ولزم، وإن فسخه بطل، لأن حق كل منهما تام ومستقل عن الآخر.

الملزم بمؤونة المبيع وحفظه مدة خيار الشرط:

يلزم المشتري بمؤونة المبيع وحفظه مدة الخيار. وما حصل في المبيع من كسب أو أجرة أو نماء منفصل كثمرة ولبن وولد فهو للمشتري، ويحرم التصرف مدة الخيار في الثمن أو المبيع إذا شرط الخيار لكل منهما لعدم استقرار الملك، فإن كان الخيار لأحدهما فله التصرف ويكون ذلك إسقاطاً لحقه وإذناً بلزوم البيع.

---

(١) منهج الإسلام في المعاملات المالية. د. أحمد عثمان، ص ٨٠.

انتهاء خيار الشرط:

ينتهي خيار الشرط بأحد الأمور الآتية:

(١) امضاء العقد أو فسخه في مدة الخيار، سواء أكان ذلك صريحاً أم دلالة كتصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار تصرفاً يختص بالملك كركوب الدابة لحاجة أو سفر أو حمله عليها أو حصاد الزرع، فما وجد من هذا فهو رضا بالمبيع وينتهي به خياره، أما ركوب الدابة لينظر سيرها وحلب الشاة ليعلم قدر لبنها وما أشبه ذلك فليس برضا بالمبيع ولا ينهي خياره، لأن ذلك هو المقصود بالخيار وهو اختيار المبيع أو رفضه.

(٢) مضي مدة الخيار من غير اختيار أحد الأمرين من امضاء العقد أو الغائه.

(٣) تغيب المبيع أو هلاكه في يد المشتري بعد قبضه إذا كان الخيار له، وذلك لأن فسخ العقد بعد القبض موجب لرد المقبوض، وبعد هلاكه لا يمكن رده، وإذا تغيب يمتنع رده، وحينئذ لا يكون هناك معنى لابقاء الخيار، ويستوي في ذلك الهلاك بفعل من له الخيار أم بفعل غيره أو بآفة سماوية.

(٤) زيادة محل العقد بعد قبضه زيادة متصلة، سواء أكانت متولدة منه كسمن الحيوان أم لم تكن متولدة منه كالبناء والأشجار - أو زيادة منفصلة منه كولد الحيوان .

(٥) موت من له الخيار وذلك عند الحنفية والحنابلة، لأن خيار الشرط لا يورث عندهم ويخالفهم في ذلك المالكية والشافعية حيث يقولون بوراثة هذا الخيار وبذلك لا يكون موت من له الخيار منهياً له عندهم.

(٣) خيار العيب:

عيب المبيع يثبت الخيار للمشتري في الفقه الإسلامي، ويوجب الضمان على البائع في القانون، ونبين ذلك فيما يلي:

أ ـ خيار العيب في الفقه الإسلامي :

خيار العيب في الفقه الإسلامي هو أن يكون للمشتري الحق في إمضاء عقد البيع أو فسخه متى ظهر له عيب في المبيع[١].

وسبب شرعيته هو أن الرضا بالعقد قام على أساس السلامة من العيوب، فإذا ظهر عيب في المعقود عليه فقد انهار الأساس الذي قام عليه الرضا، فشرع الخيار لتدارك الخلل الذي أصاب الرضا، لأن الغرض من المعقود عليه هو الانتفاع به، ولا يكون هذا الانتفاع كاملاً إلا مع سلامة المعقود عليه من أي عيب يخل أو ينقص من ذلك الانتفاع.

وبالاضافة الى ذلك أن عقود المعاوضات تقوم في نظر الشرع وفي نظر العاقدين على المساواة بين العوضين، وتحقيق المساواة يكون بسلامة المعقود عليه وسلامة البدل، وما دام أحد البدلين سالماً، وجب أن يكون الآخر سالماً، لأن السلامة مطلوبة للعاقد كما هي مطلوبة للشارع لتحقيق المساواة بين البدلين.

وعلى ذلك إذا اكتشف المشتري عيباً في المبيع، فمعنى ذلك أن البائع غشه ودلس عليه وألحق به الضرر، والشرع لا يقره على ذلك، لذا شرع ما يزيله، وذلك بتشريع خيار العيب، حتى لا يتضرر المشتري بالتزام ما لم يرض به[٢].

علم البائع بالعيب وحرمة كتمانه :

يثبت خيار العيب للمشتري سواء أكان البائع يعلم بالعيب وكتمه أم لم يعلم به، لأن الخيار إنما شرع استدراكاً لمايصيب المبتاع من الضرر، وهو ثابت في كلا الحالين، إلا أن البائع إذا علم بالعيب ولم يبينه للمشتري، فإنه ـ فضلاً عن هذا الخيار ـ يكون آثماً عاصياً، حيث يحرم كتمان العيب عند البيع، فقد روى حكيم ابن حزام عن النبي ﷺ أنه قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا

---

(١) خيارات البيع للشيخ الغفاري، ص ٢٥.

(٢) د. عدنان التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص ٢١٧.

بورك لهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما» متفق عليه[1] ومحق البركة دليل الحرمة.

وعن عقبة بن عامر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً إلا بينه له»[2].

وعن أبي هريرة «أن النبي ﷺ مر برجل يبيع طعاماً فأدخل يده فيه فإذا هو مبلول فقال: من غشنا فليس منا»[3].

ويذكر عن العداء بن خالد قال: كتب لي النبي ﷺ «هذا ما اشترى محمد رسول الله ﷺ من العداء بن خالد بيع المسلم من المسلم، لا داء ولا خبثة ولا غائلة»[4].

إلى غير ذلك من الأحاديث الكثيرة التي تحذر من الغش وترشد المتعاملين الى أن يكشفوا عما في سلعهم من عيوب حتى لا يلحقوا الضرر بمن تعامل معهم.

العقود التي يثبت فيها خيار العيب:

يثبت خيار العيب في عقود المعاوضة التي يكون فيها المعقود عليه معنياً بالتعيين، أي مشخصاً بذاته، كشراء حيوان معين أو استئجار دار معينة، أما عقود

---

(١) صحيح البخاري، جـ٣، ص ٨٠.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٣٢٤، ورواه البخاري في صحيحه مع اختلاف في اللفظ، جـ ٣، ص ٧٢.

(٣) رواه الجماعة إلا البخاري والنسائي (راجع نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٣٢٤)، وفي رواية مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ مرّ على صبرة من طعام، فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللاً، فقال: «ما هذا يا صاحب الطعام؟» قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: «أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟ من غش فليس مني» (انظر سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص٨٣٠).

(٤) صحيح البخاري، جـ ٣، ص ٧٦.

والداء: المرض، أو العلة الباطنة. والغيلة ما يغتال حقك من حيلة، وما يدلس عليك في المبيع.
والخبثة: ما كان خبيث الأصل، مثل أن يسبي من له عهد، والخبيث ضد الطيب. وللعلماء أقوال أخرى في معاني هذه الألفاظ.

غير المعاوضة كالهبة لغير الثواب (البدل) والصدقة، وعقود المعاوضة التي يتعين المعقود عليه فيها بالوصف فلا يدخلها خيار العيب وإنما خيار الوصف كالمسلم فيه[١]، حيث لا يثبت فيه خيار العيب، لأن العبرة في هذا النوع من العقود بتحقق الأوصاف المتفق عليها في المعقود عليه، فإن تحققت تم العقد وإن لم تتحقق رد بذلك.

العيب الذي يثبت به الخيار:

اختلف علماء الفقه الإسلامي في ضابط العيب الذي يثبت به الخيار للمشتري، إلا أن الرأي الراجح هو ما أنقص القيمة عند التجار وكان الغالب في أمثال المبيع عدمه[٢].

شروط ثبوت الخيار بعد تحقق العيب:

يشترط لثبوت هذا الخيار بعد تحقق العيب الشروط الآتية[٣]:

(١) أن يكون العيب موجوداً في المبيع قبل أن يتسلمه المشتري: سواء أكان وجوده سابقاً على العقد أم أنه حدث بعد العقد وقبل القبض، لأن المبيع في كلا الحالين من ضمان البائع، فما يلحقه من عيب يكون مضموناً عليه.

فإن حدث العيب في المبيع بعد القبض، فلا يثبت به حق للمشتري، لأنه من ضمانه حينئذ، اللهم إلا إذا استند لسبب متقدم كان موجوداً عند البائع كمرض المبيع في يد المشتري بسبب جرثومة أصابته وهو عند البائع، حيث يكون للمشتري حق الرد، لأن هذا العيب وإن كان حادثاً إلا أنه يعتبر متقدماً لتقدم سببه[٤].

---

(١) ضوابط العقد في الفقه الإسلامي د. عدنان التركماني، ص ٢١٨.

(٢) الشيخ الغفاري في خيارات البيع ص ٢٦.

(٣) خيارات البيع للشيخ الغفاري، ص ٢٨، ومنهج الإسلام في المعاملات المالية للدكتور أحمد عثمان، ص ٨٤.

(٤) وهذا أحد وجهين للشافعية، والوجه الثاني أنه لا يرد، لأن المرض وجد في يد المشتري فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله (المهذب لأبي اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الفيروزآبادي، جـ ١، ص ٢٨٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٧٩ هـ).

(٢) أن لا يعلم به المشتري عند العقد أو القبض: فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له، إذ الإقدام على الشراء أو القبض مع علمه بذلك دليل الرضا، وما شرع الخيار إلا لاختلال الرضا بظهور العيب.

وأما علم البائع بالعيب وعدمه فلا يؤثر في الخيار - كما قدمنا - وإن كان علمه بالعيب وكتمانه يوقعه - زيادة على ذلك - في الإثم والعصيان.

(٣) أن لا يكون العيب مما يمكن إزالته بلا مشقة: فإن أمكن ذلك كالنجاسة تكون في الثوب الذي لا ينقص بالغسل، لم يثبت به حق الرد، لأن أمره هين[١].

(٤) أن يخلو العقد من اشتراط البراءة من كل عيب: كأن لا يقول البائع بعتك هذه السلعة على أني بريء من كل عيب مثلاً. وقد اختلف الفقهاء في صحة اشتراط هذا لشرط، وفيما يدخل تحته من العيوب، وأن الرأي الراجح في صحة اشتراطه هو ما ذهب اليه الحنفية من صحة اشتراطه مطلقاً، وأن الرأي الراجح فيما يدخل تحته من العيوب هو ما ذهب اليه أبو حنيفة وأبو يوسف من أنه يدخل فيه كل عيب موجود عند العقد أو بعده قبل القبض[٢].

اختلاف الفقهاء في الأمور التي يخير بينها المشتري:

اختلف الفقهاء في الأمور التي يخير بينها المشتري إذا ما وجد في المبيع عيباً يثبت به الخيار، فذهب الحنفية[٣] والشافعية[٤] والمالكية[٥]: الى أن المشتري

(١) فتح القدير لابن الهام، جـ ٥، ص ١٥١.

(٢) انظر تفصيل ذلك في خيارات البيع للشيخ الغفاري، ص ٢٨ وما بعدها.

(٣) الهداية للمرغيناني شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٥٥ هـ، جـ ٣، ص ٣٥.

(٤) المهذب للشيرازي، جـ ١، ص ٢٩١.

(٥) يستثني المالكية العيب اليسير الذي لا يحط من الثمن إلا قليلاً اذا كان في العقار كصدع في جدار لا يخاف على الدار منه، فإنهم لا يثبتون للمبتاع فيه حق الرد، بل يكون له حق الرجوع بما أنقصه العيب فقط (مواهب الجليل شرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب، طبع ونشر مكتبة النجاح بليبيا، بلا تاريخ، جـ ٤، ص ٤٣٥، ٤٣٦).

بالخيار بين رد المبيع واسترداد ثمنه كاملاً وبين استبقاء المبيع معيباً، فليس له إلا الإمساك أو الرد فقط، وليس له أرش العيب إلا أن يتعذر رد المبيع.

واستدلوا على ذلك: بأن النبي ﷺ جعل لمشتري المصراة الخيار بين الإمساك من غير أرش أو الرد فقط، فقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعا من تمر»[1] متفق عليه.

ولأن الخيار للمشتري ينفي ضرره، حيث إنه يملك الرد، ومن ثم فلا يملك أخذ جزء من الثمن نظير عيب المبيع إذا استبقاه.

وذهب الحنابلة[2]: الى أن المشتري بالخيار بين أن يرد المبيع ويأخذ الثمن الذي دفعه الى البائع، وبين أن يمسكه ويأخذ من الثمن أرش العيب، أي قيمة النقص يوم شراء المبيع[3].

واستدلوا: بأن المشتري ظهر على عيب لم يعلم به فكان له الأرش. وبأنه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه.

أما المصراة فليس فيها عيب وإنما ملك مشتريها الخيار بالتدليس لا لفوات جزء ولذلك لا يستحق أرشا اذا امتنع الرد عليه.

وهذا هو الراجح لقوة دليله، وسلامته من المعارض الصحيح.

العيب بأحد العينين[4]:

إن اشترى عينين فوجد بأحدهما عيباً، وكانا مما ينقصهما التفريق، فليس

---

(١) صحيح البخاري، جـ ٣، ص ٨٧.

(٢) المغنى لابن قدامة، جـ ٤، ص ١٧٧.

(٣) وطريقة ذلك أن يقوم المبيع سالماً من العيب، ثم يقوم وبه هذا العيب، فيرجع عليه المشتري بنسبة ما أنقصه العيب من الثمن، كمن اشترى شيئاً بستين جنيهاً مثلاً، ثم ظهر به عيب وكانت قيمته خالياً من العيب خمسين جنيهاً، وقيمته مع هذا العيب أربعين جنيهاً، فإنه يرجع عليه بخمس الثمن وهو اثنا عشر جنيهاً.

(٤) المغني لابن قدامة، جـ ٤ ص١٧٧.

للمشتري إلا ردهما جميعاً أو إمساكهما وأخذ الأرش.

وإن لم يكونا كذلك ففيهما روايتان:

إحداهما: ليس للمشتري إلا ردهما أو أخذ الأرش مع إمساكهما، كما لو كانا مما ينقصهما التفريق، وهو ظاهر قول الشافعي وقول أبي حنيفة فيما قبل القبض، لأن الرد ببعض الصفقة من المشتري وحده دون البائع فلم يكن له ذلك.

والثانية: للمشتري رد المعيب وإمساك الصحيح، وهو قول الأوزاعي واسحاق والحارث العكلي وقول أبي حنيفة فيما بعد القبض، لأن المشتري في هذه الحالة يرد المعيب على وجه لا ضرر فيه على البائع، فجاز كما لو رد الجميع، وذلك بخلاف ما ينقص بالتفريق لما فيه من ضرر لو رد المعيب وحده.

الرد بالعيب وحاجته الى رضا البائع أو قضاء القاضي:

اتفق الفقهاء على أن الرد بخيار العيب قبل القبض لا يحتاج الى رضا البائع ولا قضاء القاضي. واختلفوا في الرد بعد القبض.

فذهب الجمهور[1]: الى أن الرد بعد القبض لا يختلف عن الرد قبله، فلا يحتاج الى رضا البائع ولا الى حكم القاضي، ويستبد به المشتري منفرداً.

وحجتهم: أن الرد بالعيب حق ثبت للمشتري شرعاً، فيملك الاستبداد به بدون توقف على رضا البائع أو قضاء القاضي، قياساً على الرد بخيار الشرط والرؤية وعلى الرد قبل القبض.

---

(١) انظر في فقه الشافعية: المهذب للشيرزي، جـ ١، ص ٢٩١. وتكملة المجموع شرح المهذب لمحمد نجيب المطيعي، الناشر زكريا علي يوسف مطبعة الإمام بمصر، جـ ١٢، ص ١٦١. وفي فقه الحنابلة: المغني لابن قدامة، جـ ٤، ص ١٧٣، ١٧٤. وكشاف القناع شرح متن الاقناع لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي، الناشر مكتبة الرياض الحديثة بالرياض، مراجعة وتعليق الشيخ هلال سيلمي مصطفى هلال، جـ ٣، ص ٢٢٤. وفي فقه المالكية: الشرح الكبير لسيدي أحمد الدردير، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي، المطبعة الأزهرية ١٣٠٩ هـ القاهرة، جـ ٤، ص ٩١. والقوانين الفقهية لابن جزي، ص ٢٣٤.

وذهب الحنفية[1]: الى أن الرد بعد القبض يتوقف على رضا البائع أو قضاء القاضي.

وحجتهم: أن العقد قد تم بالقبض، فلا ينفرد أحد العاقدين بفسخه اعتباراً بالإقالة. ولأن الفسخ كالعقد، لأنه رفع له، والعقد لا ينعقد بأحد العاقدين، فلا ينفسخ أحدهما من غير رضا الآخر.

وفرقوا بين الرد بخيار العيب والرد بخيار الشرط والرؤية، بأن الشرط وعدم الرؤية يمنعان تمام العقد، لعدم تمام الرضا، فكان الرد بهما كالدفع. أما الرد بالعيب بعد القبض فإنه بعد تمام الصفقة، فيكون رفعاً للحكم بعد تمامه، فيتوقف على رضا البائع أو حكم القاضي، بخلاف الرد قبل القبض، فإن الصفقة حينئذ لا تكون تامة، ومن ثم يكون الرد دفعاً للحكم لا رفعاً له.

وهذا هو الراجح، لأن العيب الذي اكتشف بعد القبض يحتمل أن يكون حديثاً لا يوجب الرد كما يحتمل أن يكون قديماً موجباً له، ، وما كان هذا شأنه فإنه يكون مجال نزاع بين المتعاقدين، ومن ثم افتقر للتراضي أو حكم القاضي، لأن كلا منهما قاطع للنزاع، بخلاف العيب الذي ظهر قبل القبض، فإنه لا يستطيع البائع إنكاره، أو دعوى حصوله عند المشتري، فلا يتصور فيه نزاع، ومن ثم ثبت الحق هنا لمن له الخيار منفرداً.

وقت خيار العيب:

ليس لخيار العيب وقت محدد عقب العقد، بل يثبت متى ظهر العيب الموجب للرد حتى ولو كان بعد العقد بزمن طويل، ففي أي وقت ظهر العيب طال أم قصر جاز للمشتري الرد ما لم يمنع من الرد مانع، وهذا القدر لا خلاف فيه بين الفقهاء. وإنما الخلاف بينهم في أمر آخر وهو هل يجب الرد على الفور بمجرد ظهور العيب أو على التراخي؟

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني - المتوفى سنة ٥٨٧ هـ - مطبعة الجمالية بمصر الطبعة الأولى ١٣٢٨ هـ ١٩١٠ م، جـ ٥، ص ٢٨١، والهداية للمرغيناني، جـ ٣، ص ٣٩.

فالحنفية[1]، والحنابلة[2] - على المعتمد عندهم - والظاهرية[3]: لا يشترطون الفورية، بل يجوز عندهم على التراخي، فمتى ثبت الحق للمشتري في الرد بالعيب استمر، وله أن يستعمله في أي وقت شاء، ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا صراحة أو دلالة، كقوله رضيت بالعيب وما أشبه ذلك من الألفاظ المصرحة بالرضا، وكركوب الدابة المبيعة لصالح نفسه، غير أن الظاهرية لا يرون هذه التصرفات التي اعتبرها غيرهم دالة على الرضا مسقطة للخيار، ولا يسقط الخيار عندهم إلا بصريح الرضا، فإذا لم يوجد من المشتري شيء من ذلك بقي له حق الرد وإن ظل كذلك طيلة عمره.

وحجتهم في ذلك: أن سبب ثبوت هذا الخيار هو فوات الرضا بسبب العيب لدفع الضرر المتحقق، فيبقى له هذا الحق إلى أن يوجد منه ما يدل على الرضا صراحة أو دلالة، لأن الحكم يبقى ما بقي سببه.

والمالكية[4] والشافعية[5]: يشترطون أن يكون على الفور، فتأخير الرد من غير عذر، مسقط للحق في الرد.

إلا أن المالكية قدروا الفور بيوم أو يومين، وما زاد على ذلك يكون تراخياً في الرد يسقط الخيار ما لم يوجد عذر. فإن رده المشتري في أقل من يوم رده بلا يمين، وإن رده في اليوم أو اليومين رده مع يمينه، بأن يحلف بأنه ما رضي بالمبيع في هذه المدة، فإن مضى يومان ولم يرد سقط حقه في الرد.

ووجهتهم في ذلك: أن الخيار شرح لفوات الرضا لدفع الضرر، وانقضاء يومين من غير رد دليل الرضا بالعيب، لأنه في العادة لا يتأخر مثل هذا الزمن إلا

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني، جـ ٥، ص ١٩٥. وابن عابدين في حاشيته، جـ ٤، ص ١٢٣.
(٢) المغني لابن قدامة، جـ ٤، ص ١٦٠، وكشاف القناع للبهوتي، جـ ٢، ص ٦٥.
(٣) المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم، المتوفى سنة ٤٥٦ هـ، المطبعة المنيرية بمصر ١٣٥٠ هـ، جـ ٩، ص ٧٣.
(٤) الشرح الكبير للدردير، جـ ٤، ص ١٥.
(٥) مغنى المحتاج للشربيني المكتبة التجارية الكبرى بمصر سنة ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥ م، جـ ٢، ص ٥٧.

وقد رضي بالعيب، فلا تسمع منه دعوى عدم الرضا بعد ذلك.

والشافعية يقدرون الفور بزمن يتمكن فيه المشتري من الفسخ في العادة، فلو علم بالعيب وهو يصلي أو يأكل فحتى يفرغ من صلاته أو أكله، وإن علم ليلاً وشق عليه الرد فله الرد حين يصبح، بحيث لا يعذر إذا تأخر بعد التمكن.

وسندهم في هذا: أن الأصل في العقد هو اللزوم، وجواز الفسخ بالعيب للحاجة، فيقدر بقدرها، والحاجة تندفع بمضي وقت يتمكن فيه من الفسخ، فإذا تمكن ولم يفسخ كان ذلك دليلاً على الرضا بالعيب.

والراجح ما ذهب اليه المالكية من أن الرد يكون على الفور والفور يقدر باليوم أو اليومين لأنه يعطي الفرصة لكل من المشتري والبائع. حيث إن في الفورية، كما قال الشافعية، إجحاف بحق المشتري، فقد يحتاج بعد علمه بالعيب الى التروي فينظر الى ما هو الأصلح له. وفي الإمهال بدون توقيت، كما قال الحنفية ومن كان على رأيهم، إضرار بالبائع، إذ قد يمضي زمن طويل ولا يوجد من المشتري الرضا صراحة أو دلالة والعدالة تقضي بإثبات الحق له على وجه لا يكون فيه إضرار بالبائع.

أثر خيار العيب في العقد

اتفقت كلمة الفقهاء على أن أثر خيار العيب في العقد أنه يغير صفة العقد من اللزوم الى الجواز بما يعطيه للمشتري من حق الفسخ، وليس له تأثير في حكم العقد وهو انتقال الملك، فالملك معه منتقل وتام أيضاً مستتبع لكل آثاره[1].

مسقطات الرد بالعيب

عرفنا أن المشتري إذا ظهر له عيب في المبيع كان له حق الرد والرجوع بالعوض على البائع. ولكن قد يعرض ما يسقط هذا الحق. والذي يسقط هذا الحق لدى علماء الفقه الإسلامي ينقسم الى قسمين: قسم يسقط به الرد، ولا

---

(١) الشيخ عبد الحميد الغفاري في خيارات البيع، ص ٣٥.

يكون معه حق الرجوع بنقصان العيب، وقسم يسقط به الرد، ويكون له حق الرجوع بالنقصان.

أما الأول: فينحصر في الرضا بالعيب بعد العلم به صراحة أو دلالة، وفي زوال العيب قبل الرد.

وأما الثاني: فيشمل هلاك المبيع، واتلاف المبيع بفعل المشتري، واستهلاك المبيع من قبل المشتري، وتصرف المشتري في المعقود عليه تصرفاً يخرجه عن ملكه أو يتعذر معه الرد قبل علمه بالعيب، وانتقاص المبيع في يد المشتري بعيب حادث، وزيادة المبيع عند المشتري.

وذلك على تفصيل بينهم في كل ذلك[1].

ب ـ ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون:

أساس إلزام البائع بالضمان:

أساس إلزام البائع بالضمان في القانون هو إخلاله بنقل ملكية المبيع المفيدة، وحصوله على ثمن لا يتعادل مع ما يعطيه من منافع يهدف المشتري الحصول عليها من هذا المبيع[2]. وهذا الأساس يتفق تماماً وسبب شرعية العيب في الفقه الإسلامي، ولعل الفقه القانوني قد أخذ ذلك من الفقه الإسلامي دون تعديل.

العيب الموجب للضمان:

لا يخرج العيب الموجب للضمان في القانون عن العيب المثبت للخيار في الفقه الإسلامي، وهو ما أنقص القيمة عند التجار وكان الغالب في أمثال المبيع عدمه[3].

---

(١) راجع تفصيل ذلك في مرجع الهامش السابق، ص ٣٥ وما بعدها.

(٢) د. توفيق حسن فرج، في عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٧٩ م، بالاسكندرية، فقرة ٢٢١، ص ٤٠١ ـ ٤٠٤.

(٣) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٤٨/٤/٨ م، ود. عبد الناصر العطار في البداية في=

البيوع التي لاضمان فيها:

البيوع التي لا ضمان فيها في القانون هي البيوع القضائية والبيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد[1]، وفيما عدا ذلك يقوم الضمان في كل البيوع الأخرى. وهنا يختلف القانون عن الفقه الإسلامي في أمرين: **الأول**: أن الفقه الإسلامي لا يفرق في ثبوت الخيار بين البيوع العادية والبيوع القضائية والإدارية التي تتم بالمزاد كما في القانون، بل يثبت فيهما الخيار للمشتري ويوجب فيهما الضمان على البائع، مراعاة لحال المشتري الذي وجد في المبيع عيباً لم يرض به ولم يطلع عليه، ولو كان هذا البيع بيعاً قضائياً أو إدارياً تم بالمزاد. **الثاني**: أن خيار العيب في الفقه الإسلامي يثبت في عقود المعاوضة التي يكون فيها المعقود عليه معيناً بالتعيين، وأما عقد المعاوضة التي يتعين المعقود عليه فيها بالوصف فلا يدخلها خيار العيب وإنما خيار فوات الوصف. وهذا بخلاف القانون الذي لا يفرق بين معقود عليه معين بذاته ومعقود عليه معين بوصفه في عقود المعاوضات التي يشملها ضمان العيب، ومن ثم جعل فوات الوصف من العيوب التي يجري فيها الضمان رغم أنها ليست من العيوب، وبذلك خلط بين العيوب وفوات الوصف ولم يفرق بينهما كما في الفقه الإسلامي. وهذا يدل على دقة التأصيل والتحديد في الفقه الإسلامي.

شروط العيب الموجب للضمان:

يشترط في العيب الموجب للضمان في القانون أن يكون قديماً، ومؤثراً، وخفياً وغير معلوم للمشتري وقت البيع[2]. والمراد بقدم العيب هو أن يكون موجوداً وقت البيع إن كان المبيع معيناً بالذات أو وقت الفرز إن كان معيناً بالنوع، وإن كان ذلك محل نقد من بعض الفقه القانوني، أما إن كان الضمان من عدم توفر صفة كفل البائع وجودها في المبيع فيكفي تخلف هذه الصفة وقت

= شرح أحكام البيع، على آلة ناسخة سنة ٨٩/١٣٩٠ هـ - ٦٩/١٩٧٠ م القاهرة، فقرة ٨٧، ص ١١٣.

(١) أنظر المادة ٤٥٤ من القانون المدني المصري.

(٢) انظر المادة ٤٤٧، والمادة ٤٤٨ من القانون المدني المصري.

التسليم[1]. ويعتبر العيب موجوداً منذ وجود جرثومته. وأن المقصود بالعيب المؤثر هو الذي بلغ حداً من الجسامة والأهمية بحيث ينقص من قيمة المبيع أو نفعه بدرجة لو علمها المشتري لما أقدم على الشراء أو لما اشترى إلا بثمن أقل مما دفعه، فلو لم يبلغ هذا الحد بأن كان يسيراً أو جرى العرف على التسامح فيه فلا يكون مؤثراً وبالتالي لا يضمنه البائع. وأن المراد بالخفاء أن يكون العيب غير ظاهر وقت البيع، ويعتبر العيب غير ظاهر إذا لم يكن في وسع المشتري أن يتبينه بوسائله الخاصة بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، فلو كان في إمكانه كشف العيب بوسائله الخاصة بنفسه ولو بمعاونة أهل الخبرة فإن العيب لا يكون خفياً. وإذا كان من شروط العيب أن يكون غير معلوم للمشتري وقت البيع فإنه لا يشترط علم البائع به، وإن كان يترتب على علمه بالعيب وإخفاء أمره على المشتري ما يترتب على الغش من تشديد للمسؤولية العقدية.

ومن مقارنة هذه الشروط بشروط ثبوت خيار العيب في الفقه الاسلامي يتضح لنا أنهما يفترقان في بعض الأمور ويلتقيان في الأخرى. والأمور التي يفترقان فيها هي:

(١) القدم في العيب: حيث إنه يقصد بشرط القدم في العيب في القانون أن يكون العيب موجوداً في المبيع وقت البيع إن كان المبيع معيناً بالذات، أو وقت الفرز إن كان معيناً بالنوع.

بينما في الفقه الإسلامي يشترط أن يكون العيب موجوداً في المبيع قبل أن يتسلمه المشتري، سواء أكان وجوده سابقاً على العقد أم أنه حدث بعد العقد وقبل القبض. ولا ريب أن الفقه الإسلامي في ذلك أدق وأحكم مما عليه القانون، اذ ربما يحدث العيب بعد العقد وقبل التسليم فلا يكون في ضمان البائع قانوناً في حين أنه يكون في ضمانه شرعاً. وإن كان القانون قد عالج ذلك إن أمكن اعتبار العيب الحادث في هذه الفترة بمثابة هلاك

---

(١) د. سليمان مرقس في شرح القانون المدني (٣) العقد المسماة المجلد الأول عقد البيع، عالم الكتب، الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٠ م، فقرة ٢١٥، ص ٣٩٨ ـ ٤٠٠.

جزئي حيث جعل تبعة الهلاك تقع على عاتق البائع طبقاً للقاعدة التي تقضي بأن هلاك المبيع قبل التسليم يكون على البائع. ولكن فرق بين ضمان العيب وتبعة الهلاك.

(٢) العيب وتخلف الشرط: خلط القانون بين عيب المبيع وبين تخلف شرط كفله البائع للمشتري في المبيع، وأجرى على تخلف الشرط أحكام العيب. والحقيقة كما هو الحال في الفقه الإسلامي أن تخلف الشرط حالة مستقلة عن العيب لا تعدو أن تكون اخلالاً بشرط في العقد أو فواتاً لوصف مرغوب فيه. وخلط القانون هذا ناتج عن عدم تقييده للمعقود عليه في عقود المعاوضات التي يدخلها ضمان العيب بأن يكون معيناً بذاته كما في الفقه الإسلامي. فأطلقه عن التقييد فشمل كل معقود عليه ولو كان معيناً بوصفه.

(٣) عدم علم المشتري بالعيب: يشترط الفقه الإسلامي أن لا يعلم المشتري بالعيب عند العقد أو القبض، بينما يشترط القانون أن يكون العيب غير معلوم للمشتري وقت البيع. ولا يخفي أن ما عليه الفقه الإسلامي يمنع كثيراً من المشاكل.

وأما الأمور التي يلتقيان فيها فهي:

(١) تقدم العيب الحادث لتقدم سببه: يتفق الفقه الإسلامي والقانون في أن العيب الحادث بعد القبض في الفقه الإسلامي وبعد العقد في القانون اذا استند لسبب متقدم كان موجوداً عند البائع كان على البائع الضمان في القانون وحق للمشتري الرد في الفقه الإسلامي، لأن هذا العيب وإن كان حادثاً فإنه يعتبر متقدماً لتقدم سببه، وإن كان هناك وجه آخر في الفقه الاسلامي لا يبيح الرد.

(٢) العيب غير المؤثر: اذا كان النقص اليسير أو الذي جرى العرف على التسامح فيه غير معتبر في نظر القانون ولا يكون مؤثراً، فهو أيضاً غير معتبر عند علماء الفقه الإسلامي، اذ لا يعدون مثله عيباً، لأنهم إنما يعنون

بالنقص الذي يتضرر به المشتري كما يؤخذ ذلك من تعليلاتهم، بل إن الحنفية يقولون: إن المشتري اذا تمكن من إزالة العيب بلا مشقة فلا يعد عيباً.

(٣) العيب الخفي: اذا كان القانون يشترط في العيب أن يكون خفياً، ويترتب على ذلك عدم الضمان في العيوب الظاهرة، وما كان في حكم الظاهرة من العيوب التي يمكن تبينها بفحص المبيع بعناية الرجل العادي، لأن هذه العيوب من شأنها أن تكون معلومة للمشتري، وإن لم يعلمها كان مقصراً ولا يصح أن يتحمل البائع تبعة تقصيره. فان علماء الفقه الإسلامي لا يخالفون في ذلك، لأن عدم الضمان في مثل هذه العيوب يرجع الى شرط عدم العلم، ولما كانت هذه العيوب ظاهرة يعرفها الانسان بأدنى تأمل، أو في حكم الظاهرة حينما يوقف عليها بالفحص من الرجل العادي، نزل ظهورها منزلة العلم بها، لأن أحكام الشريعة الإسلامية تناط بالظاهر، وحينئذ لا يثبت للمشتري حق الرد بدعوى عدم العلم بها.

(٤) علم البائع بالعيب لا يشترط في كل منهما: فعلم البائع به وعدمه لا يؤثر على مبدأ وجوب الضمان عليه في القانون، ولكن يترتب على علمه بالعيب واخفاء أمره عن المشتري ما يترتب على الغش من تشديد للمسؤولية العقدية. والأمر كذلك في الفقه الإسلامي، حيث يثبت فيه خيار العيب للمشتري، سواء أكان البائع يعلم بالعيب وكتمه أم لم يعلم به، إلا أنه اذا علم ولم يبينه للمشتري فإنه يكون آثماً فضلاً عن هذا الخيار، حيث يحرم شرعاً كتمان العيب عند البيع.

دعوى ضمان العيوب:

اذا توفرت شروط ضمان العيوب السابقة في القانون كان للمشتري أن يرفع دعوى ضمان العيوب الخفية على البائع، ولورثة المشتري وخلفه الخاص رفع هذه الدعوى، كذلك يجوز رفع الدعوى على ورثة البائع بعد وفاته، ولكن لا يلتزم الورثة

بـالضمان إلا في حـدود التركـة[1]. والقانـون في هذا لا يخـرج عما يقـرره الفقه الإسلامي، مع مراعاة ما ذكر علماء الفقه الإسلامي بالنسبة للرد بالعيب وحاجته الى رضا البائع أو قضاء القاضي.

مبادرة المشتري بفحص المبيع واخطار البائع بالعيب:

يوجب القانون على المشتري بأن يفحص المبيع بمجرد تسلمه ويخطر البـائع بالعيب في خلال مدة معقولة يقدرها القاضي اذا كان يمكن كشفه بالفحص المعتاد وفقاً للمألوف في التعامل أو بمجرد ظهوره اذا كان لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب[2].

ويؤخذ من هذا بأن القانون يحدد حق المشتري في الرد أو الرجوع بالنقصان بمدة محدودة بحيث لا يثبت له الحق بعدها، وهذا التحديد يتفق مع الرأي القائل في الفقه الإسلامي بأن الخيار يجب على الفور ولا يثبت مطلقاً على التراخي من غـير توقيت، وهذا هو رأي المالكية والشافعية، وإن كان المالكية قدروا الفور بيـوم أو يومين، والشافعية قدروه بزمن يتمكن فيه المشتري من الفسخ عادة، بلا تفرقة عند كل منهما بين ما يمكن كشفه بالفحص المعتاد أو ما لا يمكن كما في القانون. فالقانون يقترب من رأي المالكية فيما يمكن كشفه بالفحص المعتاد، لأنهم حينما قدروا الفور باليوم أو اليومين لم يروا ذلك إلا بناء على العرف الجاري في التعامل عندهم. ويميل الى رأي الشافعية فيما لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد، لأنهم يفسرون الفور بزمن التمكن من الرد عادة حتى أنهم قالوا: لو علم بالعيب وهو يصلي أو يأكل فحتى يفرغ من صلاته أو أكله، وهكذا يجمع القانون بين رأيي المالكية والشافعية ويأخذ بكل منهما في حالة تخالف الأخرى.

سقوط دعوى ضمان العيوب:

تسقط دعوى ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون بالتقادم بمرور سنة من

---

(١) د. السنهوري في الوسيط، جـ ٤، فقرة ٣٦٩، ٣٧٠، ص ٧٢٩، ٧٣٠.

(٢) د. سليمان مرقس في شرح القانون المدني (٣) العقود المسماة، جـ ١، عقد البيع، فقـرة ٢٢١، ص ٤٠٦ ـ ٤٠٨.

وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، وذلك استقراراً للمعاملات[1]. والقانون في هذا يختلف مع اجماع علماء الفقه الإسلامي، حيث لا خلاف بينهم في أنه ليس لخيار العيب وقت محدد عقب العقد، ففي أي وقت عندهم اكتشف المشتري العيب يثبت له حق الرجوع على البائع متى استوفى الشروط المعتبرة في ذلك دون أن يتقيد بوقت خاص كما في القانون.

واذا كان القانون قد راعى في ذلك استقرار المعاملات، فإن الفقه الإسلامي قد منع من أكل أموال الناس بالباطل، ونحن نعلم أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، ولذلك فإن الحق والصواب في جانب رأي علماء الفقه الإسلامي.

ما يرجع به المشتري على البائع في دعوى ضمان العيوب:

فرق القانون بين العيب الجسيم والعيب غير الجسيم فيما يرجع به المشتري على البائع في دعوى الضمان. فإذا كان العيب جسيماً كان المشتري بالخيار بين رد المبيع للبائع وما أفاده منه مع رجوعه على البائع بالتعويض الكامل وبين استبقاء المبيع ومطالبة البائع بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب العيب. وأما اذا كان العيب غير جسيم فليس للمشتري إلا المطالبة بتعويض الضرر، وليس له رد المبيع[2]. والمقارن بين القانون والفقه الإسلامي في هذا يرى أن مبدأ استبقاء المبيع والرجوع بالنقصان دون أن يكون للمشتري حق الرد في العيب غير الجسيم يتفق مع ما يراه المالكية، فإنهم يرون أن العيب اذا كان يسيراً لا يحط من الثمن إلا قليلاً وكان في عقار فلا يكون للمبتاع إلا الرجوع بقيمة نقصان العيب، وإن كان المالكية يقيدون ذلك بأن يكون في عقار دون القانون. وإعطاء القانون الخيرة للمشتري بين رد المبيع والرجوع بالتعويض الكامل، وبين الاحتفاظ به والرجوع بالنقصان في العيب الجسيم، وإن خالف ما يراه الحنفية والمالكية والشافعية فإنه يتفق مع ما يراه الحنابلة، غير أن القانون قد جعل من بعض عناصر التعويض فوائد قيمة المبيع على اعتبار أنه سليم من وقت ظهور العيب، ولا يخفى أن هذه الفوائد القانونية رباً محرم في الإسلام.

---

(١) د. عبد الناصر العطار في البداية في شرح أحكام البيع، فقرة ٨٨، ص ١١٧.

(٢) د. عبد الرزاق حسن فرج في عقد البيع، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م، القاهرة، فقرة ٢٠٥، ص ٢٨٦ - ٢٨٨.

هلاك المبيع لا يحرم المشتري من الرجوع بالضمان:

لا يحرم المشتري في القانون من الحق في الرجوع بالضمان على البائع اذا هلك المبيع بأي سبب كان، إلا أن أثر هذا الرجوع يختلف بإختلاف سبب الهلاك[1].

الاتفاق على تعديل أحكام الضمان:

يجوز في القانون للمتعاقدين الاتفاق على تعديل أحكام الضمان، فيجوز لهما باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان، أو ينقصا منه، أو يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب في المبيع غشاً منه[2]. وهذا الاتفاق في القانون يشبه الى حد ما شرط البراءة من العيوب في الفقه الإسلامي.

(١) خيار الوصف:

وهو في الفقه الإسلامي أن يوصف المبيع بصفات تزيل عنه الجهالة، فإذا ما حدث هذا ثم وجد المبيع على غير الصفات السابق بيانها، ولو لم تكن هذه الصفات مما يعد فقده عيباً في المبيع، ثبت للمشتري خيار فسخ العقد لفوات الصفة والرجوع بثمن المبيع على البائع وله استبقاء المبيع دون مطالبة البائع بشيء.

وإن اختلف البائع والمشتري فقال البائع لم تختلف الصفة وقال المشتري قد اختلفت فالقول قول المشتري، لأن الأصل براءة ذمته من الثمن فلا يلزمه ما لم يقر به أو يثبت اختلاف الصفة ببينة[3].

أما القانون فقد نص على ضمان صفات المبيع فقال: «يكون البائع ملزماً بالضمان اذا لم يتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه...»[4] ومعنى ذلك أن البائع اذا كفل للمشتري وجود صفات في المبيع جوهرية

---

(١) انظر المادة ٤٥١ من القانون المدني المصري.

(٢) د. توفيق حسن فرج في عقد البيع والمقايضة، فقرة ٢٦٨، ص ٥٠٧ وما بعدهما.

(٣) د. أحمد عثمان، في منهج الإسلام في المعاملات المالية، ص ٩٦.

(٤) راجع المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصري.

أو غير جوهرية، ثم تخلفت هذه الصفات، كان البائع مسؤولاً عن فواتها في المبيع لأن لهذه الصفات اعتباراً في قيمة المبيع.

وقد اعتبر القانون فوات الصفات في حكم عيوب المبيع إذا تخلفت الصفة وقت تسليم المبيع وجعل أحكام ضمان العيوب تسري على ضمان فوات صفات المبيع.

وتظهر فائدة ضمان صفات المبيع في القانون، في أن هذا الضمان يمكن المشتري من الرجوع على البائع بضمان فوات الصفات التي كفلها في المبيع ولو كانت غير جوهرية في حين أن البائع لو لم يكفل وجود صفة معينة في المبيع لم يكن للمشتري الطعن في البيع لفوات صفة فيه إلا إذا وقع في غلط في صفة جوهرية وتوفرت شروط الطعن في البيع بالغلط[1].

ويختلف القانون عن الفقه الإسلامي في أن القانون يجعل للمشتري الحق في مطالبة البائع بالتعويضات المقررة إذا استبقى المبيع مع فوات صفاته المكفولة، أما في الفقه الإسلامي فليس للمشتري عند فوات الصفات إلا فسخ العقد والرجوع بالثمن أو استبقاء المبيع دون مطالبة البائع بشيء.

(٥) خيار التدليس[2]:

إذا دلس البائع على المشتري بما يزيد به الثمن حرم عليه ذلك، وللمشتري خيار الرد في خلال ثلاثة أيام، وقيل إن الخيار يثبت على الفور. أما الحرمة فللغش والتغرير. وأما ثبوت خيار الرد فلقوله ﷺ فيما رواه عنه أبو هريرة: «لا تصرو الابل والغنم[3]، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر[4]، رواه البخاري ومسلم»[5].

---

(١) د. عبد الناصر العطار في البداية في شرح أحكام البيع، فقرة ٩٠، ص ١١٨، ١١٩.

(٢) المغني لابن قدامة، جـ ٤، ص ١٤٩ وما بعدها، وفقه السنة للسيد سابق، ص ١٦٧.

(٣) أي لا تتركوا لبنها في ضرعها أياماً حتى يعظم فتشتد الرغبة فيها.

(٤) أي يرد معها صاعاً من تمر أو شيئاً من غالب قوتهم بدلاً من اللبن الزائد عن نفقتها اذا كانت تعلف أو ما يرتضيه المتعاقدان من قوت أو غيره أو يرد اللبن ذاته إذا كان باقياً على حاله ولم يتغير بممحوضة.

(٥) صحيح البخاري، جـ ٣، ص ٨٧. وسبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٢٥، ٨٢٦.

وهذا الحديث أصل في النهي عن الغش، وأصل في أن التدليس لا يفسد أصل البيع . وأصل في تحريم التصرية وثبوت الخيار بها.

فإذا كان التدليس من البائع بدون قصد انتفت الحرمة مع ثبوت الخيار للمشتري دفعاً للضرر عنه.

وإذا أراد المشتري امساك المبيع وأخذ أرش التدليس فليس له ذلك، لأن النبي ﷺ لم يجعل له في المصراة أرشاً، وإنما خيره في شيئين فقال: «إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر».

والتدليس في القانون عيب من عيوب الارادة، يجعل العقد قابلاً للابطال لمصلحة من عيبت إرادته[1]، وهو عبارة عن استعمال طرق احتيالية لايهام أحد العاقدين بغير الحقيقة، ومن ثم فلا بد فيه من إستعمال طرق احتيالية تضلل أحد العاقدين، وأن تكون هذه الطرق غير مشروعة وكافية لتضليل ذلك العاقد وإخفاء الحقيقة عنه، وأن يكون الوهم الذي بعثته هذه الطرق في نفس العاقد هو الدافع الى التعاقد.

(٦) خيار الغبن[2]:

الغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يحصل عليه من مقابل. ويكون بالنسبة للبائع كأن يبيع ما يساوي خمسة بثلاثة كما يكون بالنسبة للمشتري كأن يشتري ما قيمته ثلاثة بخمسة.

فإذا باع الانسان أو اشترى وغبن كان له في الفقه الإسلامي الخيار بين إمضاء العقد أو إلغائه بأن يرجع في البيع ويفسخ العقد، بشرط أن يكون جاهلاً ثمن السلعة، ولا يحسن المماكسة، لأن الغبن حينئذ يكون مشتملاً على الخداع الذي يجب أن يتنزه عنه المسلم.

وقد قيده بعض الفقهاء بالغبن الفاحش، وقيده بعضهم بأن يبلغ ثلث

(١) انظر المادة ١٢٦ من القانون المدني المصري.

(٢) ويسمى المسترسل.

القيمة، وقيده البعض بمجرد الغبن، وإنما ذهبوا الى هذا التقييد لأن البيع لا يكاد يسلم من مطلق الغبن، ولأن القليل يمكن التسامح فيه عادة.

والأولى أن الغبن يقيد بالعرف والعادة، فما اعتبره العرف والعادة غبناً ثبت فيه الخيار وإلا فلا.

وهذا مذهب الإمام أحمد والإمام مالك وقد استدلا عليه بما رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: ذكر رجل - اسمه حبان بن منقذ - للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع، فقال: «اذا بايعت فقل: لا خلابة»[1] زاد ابن اسحاق في رواية يونس بن بكير وعبد الأعلى عنه: «ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردد، فبقي ذلك الرجل حتى أدرك عثمان وهو ابن مائة وثلاثين، فكثر الناس في زمان عثمان، فكان إذا اشترى شيئاً، فقيل له: أنك غبنت فيه، رجع فيشهد له رجل من الصحابة أن النبي ﷺ قد جعل له الخيار ثلاثة فيرد له دراهمه»[2].

وذهب جمهور الفقهاء الى أنه لا يثبت الخيار بالغبن لعموم أدلة البيع ونفوذه من غير تفرقة بين ما فيه غبن وغيره، وأجابوا عن الحديث المذكور: بأن الرجل كان ضعيف العقل، وإن كان ضعفه لم يخرج به عن حد التمييز فيكون تصرفه مثل تصرف الصغير المميز المأذون له بالتجارة فيثبت له الخيار مع الغبن، ولأن الرسول ﷺ لقنه أن يقول: لا خلابة، أي عدم الخداع، فكان بيعه وشراؤه مشروطين بعدم الخداع فيكون من باب خيار الشرط.

ومن صور الغبن: **تلقي الركبان**: وهم الركب القادمون بما يجلب للبيع وإن كانوا مشاة، اذ يعمد التجار الى مقابلتهم قبل دخولهم البلد وقبل معرفتهم السعر فيشترين منهم بأرخص من سعر البلد، أو يبيعون لهم بسعر مرتفع عن سعر البلد، فإذا تبين لهم ذلك كان لهم الخيار دفعاً للضرر، لما رواه مسلم عن أبي هريرة أن النبي

---

(١) أي لا خديعة، وظاهر هذا أن من قال ذلك ثبت له الخيار سواء غبن أم لم يغبن.

(٢) سبل السلام للصنعاني، جـ٣، ص٨٤١.

ﷺ نهى عن تلقي الجلب (الركبان) نهى تحريم على قول أكثر الفقهاء فقال عليه الصلاة والسلام: «لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار»[1].

ومن صور الغبن أيضاً: **النجش**: وهو زيادة شخص في ثمن السلعة عن مواطأة لرفع سعرها ولا يريد شراءها ليغر غيره بالشراء بهذا السعر الزائد. وهو حرام باتفاق العلماء، لما رواه ابن عمر أن رسول الله ﷺ «نهى عن النجش»[2].

وما رواه أبو هريرة أن رسول الله ﷺ «نهى أن يبيع حاضر لباد، ولا تناجشوا، ولا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأما في إنائها»[3] متفق عليه، ولأن في ذلك تغريراً وخديعة وقد قال النبي ﷺ: «الخديعة في النار»[4].

واختلف الفقهاء في البيع إذا وقع على ذلك فقال الظاهرية بفساد البيع، وهو رواية عن مالك، والمشهور عند الحنابلة اذا كان ذلك بمواطأة المالك أو صنعه.

وأما المشهور عند المالكية فهو ثبوت الخيار، وهو وجه للشافعية قياساً على المصراة. والأصح عند الشافعية صحة البيع مع الإثم، وهو قول الحنفية[5].

وخيار الغبن على التراخي عند من يقول به ولا يسقط إلا بما يدل على الرضا.

والأصل في القانون أن الغبن لا يعيب العقد إلا إذا تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً[6] وعندئذ يكون للمتعاقد المغبون أن يطلب ابطال العقد أو نقص التزاماته[7]، ويكون سبب

---

(١) المرجع السابق جـ ٣، ص٨١٧ ـ ٨٢٠.
(٢) صحيح البخاري، جـ ٣، ص ٨٦، ٨٧.
(٣) صحيح البخاري، جـ ٣، ص ٨٦. سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٢٠.
(٤) صحيح البخاري، جـ ٣، ص ٨٦.
(٥) المغني لابن قدامة، جـ ٤، ص ٢٣٥.
(٦) الطيش البين هو الخفة الزائدة التي تؤدي الى التسرع وسوء التقدير، والهوى الجامح رغبة شديدة تعمي الشخص عن تبين ما هو في صالحه.
(٧) راجع المادة ١٢٩ من القانون المدني المصري.

الابطال هو الاستغلال الذي يلزم لتحققه توفر عنصرين: عنصر مادي وهو عدم التعادل بين التزامات المتعاقد المغبون وما حصل عليه من فائدة أو التزامات، وعنصر معنوي وهو كون عدم التعادل نتيجة طيش بين أو هوى جامح استغله المتعاقد الآخر وكان دافعاً إلى التعاقد.

ولكن القانون خرج على هذه القاعدة خروجاً صريحاً في حالة الغبن في بيع العقار المملوك لغير كامل الأهلية، حيث أجاز للبائع غير كامل الأهلية المطالبة بتكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل إذا كان في البيع غبن يزيد على الخمس، وفي ذلك ينص[1] على أنه:

«(١) اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل.

(٢) ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع».

كما ينص[2] على أنه:

«(١) تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن اذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توفر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع.

(٢) ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية اذا اكتسب حقاً عينياً على العقار المبيع».

وينص أيضاً[3] على أنه: «لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تمَّ كنص القانون بطريق المزاد العلني».

---

(١) في المادة ٤٢٥ مدني مصري.
(٢) في المادة ٤٢٦ مدني مصري.
(٣) في المادة ٤٢٧ مدني مصري.

ومن هـذه النصوص يتبـين لنا أنـه يشتـرط للطعن بـالغبن في بـين العقـار المملوك لغير كامل الأهلية توفر الشروط الآتية وهي :

(١) أن يكون المبيع عقاراً .

(٢) أن يكون العقار المبيع مملوكاً لشخص لا تتوفر فيه الأهلية .

(٣) أن يكون في البيع غبن يزيد على خمس قيمة العقار وقت ابرام العقد .

(٤) ألا يكون البيع قد تم كنص القانون بطريق المزاد العلني .

ومتى توفرت هذه الشروط ، كان للبائـع أن يطعن في البيـع بالغبن مـطالباً بتكملة الثمن الى أربعـة أخمـاس ثمن المثـل ، لا الى ثمن المثـل كـامـلاً ، فليس المقصود إزالـة كل ما لحق البائع من غبن ، بل المقصود رفع الغبن الذي يزيد على الخمس فقط .

ولا يخفى الفـارق بين الفقـه الإسلامي والقـانون في الغبن ، إذ القاعدة في القانون أن يطلب المغبون إبـطال العقد أو نقص التـزاماتـه ، وخروجـاً على هـذه القاعدة يكون للمغبون غير كامل الأهلية أن يطالب بتكملة ثمن عقاره الى أربعة أخماس ثمن المثل اذا كان مبيعاً بغبن يزيد عـلى الخمس . بينما للمغبـون في الفقه الإسـلامي على رأي البعض الخيـار بين إمضـاء العقد أو إلـغـائه طـالما أن الغبن يخـرج عن العرف والعـادة ، وهذا بخـلاف الجمهور الـذين لا يثبتون لـه الخيـار بالغبن .

خامساً : الإقالة :

من اشترى شيئاً ثم ظهر له عدم حاجته اليه ، أو بـاع شيئاً ثم بـدا له أنـه محتاج اليه ، فلكل منهما أن يطلب الإقالة وفسخ العقـد . فهي ترك المبيـع لبائعـه بثمنه .

وقـد رغب الإسلام فيهـا ودعا اليهـا ، روى أبو داود وابن مـاجـه عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «من أقال مسلماً أقال الله عثرته»[١] .

---

(١) سبل السلام للصنعاني ، جـ ٣ ، ص ٨٣٧ .

وهي في الفقه الاسلامي فسخ لا بيع، بعكس الأصل في القانون[1]. وإذا انفسخ العقد رجع كل من المتعاقدين بما كان له، فيأخذ المشتري الثمن ويأخذ البائع العين المبيعة.

ولا تصح اذا تلفت العين المبيعة، أو مات العاقد، أو زاد الثمن أو نقص.

---

(١) راجع فيما سبق التقايل في القانون في انحلال العقد في القانون بالفصل الثامن، ص ١٧٥.

الفصل الثاني عشر

السلم والربا

أولاً : السلم[١] :

تعريفه :

السلم ويقال له أيضاً السلف[٢] هو بيع شيء موصوف في الذمة بثمن معجل. ويسميه الفقهاء بيع المحاويج، لأنه بيع غائب تدعو اليه ضرورة كل واحد من المتابيعين فإن صاحب رأس المال محتاج الى أن يشتري السلعة، وصاحب السلعة محتاج الى ثمنها قبل حصولها عنده لينفقه على نفسه وعلى زرعه حتى ينضج فهو من المصالح الحاجية.

وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع.

ولم ينظم القانون بيع السلم بنصوص خاصة[٣] لأنه ليس في حاجة الى ذلك، حيث يجوز فيه بيع الشيء المستقبل ما دام محتمل الوجود[٤].

حكمه ودليله :

السلم جائز، ودليل جوازه الكتاب والسنة والاجماع :

---

(١) راجع المغني لابن قدامة، جـ ٤، ص ٣٠٤ وما بعدها.
(٢) مأخوذ من التسليف وهو التقديم لأن الثمن هنا مقدم على المبيع.
(٣) ما عدا قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث نظمه في المواد من ٤٨٧ - ٤٩٢.
(٤) الوسيط للسنهوري، جـ ٤، المجلد الأول، فقرة ١١٥، ص ٢٢٣.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ﴾[(١)]، والدين عام يشمل دين السلم وغيره وقد فسره ابن عباس بدين السلم[(٢)].

وأما السنة: فمنها ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: «من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم» متفق عليه، وللبخاري من أسلف في شيء[(٣)].

وروى البخاري عن محمد بن أبي المجالد قال: «أرسلني أبو بردة وعبدالله ابن شداد الى عبد الرحمن بن أبزي وعبد الله بن أبي أوفى فسألتهما عن السلف، فقالا: كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ، فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام، فنسلفهم في الحنطة والشعير والزيت الى أجل مسمى، قال قلت أكان لهم زرع أم لم يكن لهم زرع؟ قالا: ما كنا نسألهم عن ذلك[(٤)].

وأما الاجماع: فقد أجمع هل العلم على أن السلم جائز.

شروط صحته:

يشترط لصحة السلم في الفقه الإسلامي ـ فضلاً عن شروط البيع العامة ـ شروط خاصة به هي:

(١) أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها اختلافاً ظاهراً: فيصح في الحبوب والثمار والثياب والقطن والحديد والألبان وما شابه

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢.

(٢) تفسير الطبري، جـ ٣، ص ٤٣، ط. دار المعارف بمصر، وتفسير البحر المحيط لأبي حيان، مطبعة السعادة، جـ ٢، ص ٣٤٣.

(٣) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٦٥، والسلف هو السلم كما عرفنا. وانظر أيضاً صحيح البخاري، جـ ٣، ص ١٠٥، ١٠٦.

(٤) صحيح البخاري، جـ ٣، ص ١٠٨، وسبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٦٦. ونيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٣٤٤.

ذلك من كل مكيل أو مزروع، أما ما لا ينضبط بالصفة كاللؤلؤ والياقوت والمرجان والعقيق والبلور فلا يجوز السلم فيه، لأن صفاءها مقصود، وعلى قدر صفائها يكون ثمنها، وذلك لا يضبط بالوصف فيكون كبيع شيء مجهول وهو لا يجوز، كما لا يجوز في اللحم المطبوخ والشواء، لأن ذلك يتفاوت كثيراً، وعادات الناس فيه مختلفة، فلا يمكن ضبطه، ولا في الحوامل من الحيوان، لأن الولد مجهول غير متحقق. وكذلك لا يجوز السلم فيما يجمع أجناساً مقصودة لا تتميز كالحنطة والشعير، لأنه لا يعرف قدر كل جنس منه. كما لا يصح فيما خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة كاللبن المشوب بالماء.

(٢) أن يضبط المسلم فيه بصفاته التي يختلف الثمن بها: لأنه عوض في الذمة فلا بد من كونه معلوماً بالوصف، وذلك ببيان الجنس والنوع والجودة والرداءة، وما يختلف الثمن والغرض من أجله كاللون والبلد ونحوهما، ويزاد في الحيوان ذكر السن والذكورية والأنوثية، وإن كان المسلم فيه لحماً زيد على ما تقدم السمن والهزل، وكون أصله راعية أو معلوفاً، وموضع اللحم من الحيوان.

وتضبط الثياب بالنوع، والبلد، والطول والعرض، والرقة والغلظ، والنعومة والخشونة، وهكذا.

(٣) أن يكون المسلم فيه في الذمة لا في شيء معين غائب أو حاضر: والذمة وصف قائم بالشخص يقبل الالزام والالتزام.

(٤) أن يكون المسلم فيه معلوم المقدار بالكيل إن كان مكيلاً، وبالوزن إن كان موزوناً، وبالعدد إن كان معدوداً: لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم»[1] ويجب أن يقدره بمكيال أو أرطال معلومة عند العامة، فإن قدره بإناء معين غير معلوم أو صنجة معينة غير معلومة لم يصح، لأنه ربما يهلك، فيتعذر

---

(١) سبق تخريجه في أول «السلم»، ص ٢٥٧.

معرفة قدر المسلم فيه، وهذا غرر لا يحتاج اليه العقد.

(٥) أن يكون الأجل معلوماً: للحديث المتقدم، وعلى ذلك فيجب أن يحدد بزمان معين لا يختلف، ولا يصح أن يؤجله بالحصاد والجذاذ وما أشبه[١] لأن ذلك يختلف ويقرب ويبعد، واذا جعل الأجل الى شهر معين تعلق بأوله، وإن قال الى ثلاثة أشهر يكون الى انقضائها.

(٦) أن يكون المسلم فيه مما يمكن وجوده عند الأجل: لأنه اذا كان كذلك أمكن تسليمه، واذا لم يمكن تسليمه فلا يصح بيعه ومن باب أولي لا يصح فيه السلم كالآبق، لأن السلم احتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يتحمل فيه غرر آخر لئلا يكثر الغرر فيه، وعلى هذا لا يجوز أن يسلم في شيء الى زمن لا يعلم وجوده فيه كزمان أول العنب أو آخره الذي لا يوجد فيه إلا نادراً، فلا يؤمن انقطاعه، وكذلك لا يجوز أن يسلم في ثمرة حديقة بعينها، لكونه لا يؤمن انقطاعه، وكذلك لا يجوز أن يسلم في ثمرة حديقة بعينها، لكونه لا يؤمن تلفه وانقطاعه، ولا يشترط كون المسلم فيه موجوداً حال السلم، بل الشرط أن يمكن وجوده فقط عند الأجل، لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم: «قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم[٢] ولم يذكر الوجود عند العقد.

وإذا تعذر تسليم المسلم فيه عند الأجل، إما لغيبة المسلم اليه أو عجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه، أو لم تحمل الثمار تلك السنة، فالمسلم بالخيار بين أن يصير الى أن يوجد فيطالب به وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن إن كان موجوداً أو بمثله إن كان مثلياً وإلا فبقيمته.

(٧) أن يقبض رأس مال السلم وهو الثمن في مجلس العقد (تعجيل الثمن): فإن

---

(١) وقالت المالكية: يجوز أن يكون الأجل بزمن الحصاد أو جمع القطن والصيف والخريف ويراعى في ذلك وسط الموسم لا أوله ولا آخره.

(٢) سبل السلام للصنعاني، جـ٣، ص ٨٦٥.

تفرقا قبل ذلك بطل العقل، خلافاً لما ذهب اليه الإمام مالك، اذ قال بجواز تأخير قبضه ثلاثة أيام ما لم يكن ذلك شرطاً.

هذا، ولا يفسد عقد السلم بالسكوت عن موضع القبض، فلو سكت المتعاقدان عن تعيين محل القبض فالسلم صحيح ويتعين المحل، لأنه لم يبين في الحديث، ولو كان شرطاً لذكره الرسول صلى الله عليه وسلم كما ذكر الكيل والوزن والأجل.

متى يتعين على المسلم أخذ المسلم فيه؟:

اذا جاء المسلم اليه (البائع) بالمسلم فيه (المبيع) فهل يتعين على المسلم أو رب السلم (المشتري) أخذه؟

لا يخلو ذلك من أحد أمرين:

أحدهما: أن يحضره عند الأجل المحدد له في محل التسليم المتفق عليه بينهما، وحينئذ يلزمه قبوله، لأنه أتى به في محله، وسواء أكان عليه في قبضه ضرر أم لم يكن، فإن أبى قيل له إما أن تقبض حقك وإما أن تبرىء منه فإن امتنع قبضه الحاكم من المسلم اليه للمسلم وبرئت ذمته منه، لأن الحاكم يقوم مقام الممتنع بولايته.

ثانيهما: أن يأتي به قبل حلول الأجل وحينئذ ينظر فيه، فإن كان مما في قبضه قبل أجله ضرر ما لكونه مما يتغير كالفاكهة والأطعمة، أو كان قديمه دون حديثه كالحبوب ونحوها لم يلزم المسلم قبوله، لأن له غرضاً في تأخيره بأن يحتاج الى أكله أو إطعامه في ذلك الوقت، وكذا إن كان مما يحتاج في حفظه الى مؤنة كالقطن ونحوه، أو كان الوقت مخوفاً بأن يخشى نهب ما يقبضه فلا يلزمه الأخذ في هذه الأحوال كلها، لأن عليه ضرراً في قبضه، ولو لم يأت وقت استحقاقه. ومثل ما تقدم في الحكم ما لو أحضره عند أجله في غير محل التسليم، وكان في نقله الى محل التسليم مؤنة أو أدى ذلك الى خوف حدوث نهب أو تلف.

فإن كان مما لا ضرر في قبضه بأن يكون مما لا يتغير كالحديد والنحاس

والعسل والزيت، وليس في قبضه تحمل مؤنة، ولا ضرراً لخوف، فعليه قبضه، لأن غرض المسلم حاصل مع زيادة تعجيل المنفعة فجرى مجرى زيادة الصفة وتعجيل الدين المؤجل.

ثانياً: الربا[1]:

تعريفه:

الربا في اللغة[2]: مطلق الزيادة. ومنه قوله تعالى: ﴿ فأخذهم أخذة رابية ﴾[3]، وقوله: ﴿ فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت ﴾[4] أي علت وارتفعت.

وفي الفقه الإسلامي: الزيادة في أشياء مخصوصة[5]. سواء أكانت هذه الزيادة حسية أم حكمية كالتأجيل في الزمن.

حكمه ودليله:

الربا محرم شرعاً. ودليل تحريمه الكتاب والسنة والاجماع.

أما الكتاب:

فقول الله تعالى: ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره الى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون، يمحق الله الربا ويربي الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم﴾[6].

---

(١) راجع فيما سبق تحريم الربا باعتباره طريقاً من طرق حماية الملك في الاسلام بالفصل الخامس، ص .

(٢) مختار الصحاح للرازي باب الواو والياء ـ فصل الراء، ص ٥٥٦.

(٣) سورة الحاقة آية ١٠.

(٤) سورة الحج آية ٥.

(٥) المغني لابن قدامة، جـ ٤، ص ٣.

(٦) سورة البقرة آية ٢٧٥، ٢٧٦.

وقال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾[1].

فالله سبحانه وتعالى قد أخبر بأن الربا محرم والإخبار بالتحريم أبلغ في الدلالة على التحريم من النهي الصريح، كما يدل على التحريم الوعيد الشديد المذكور في الآيات لمن يتعامل بالربا، فقد ذكرت الآيات بأن آكل الربا يقوم من قبره مجنوناً، وأن الله يمحق الربا، وأنه تعالى أذن مرتكبه بالحرب من الله ورسوله.

وأما السنة:

فعن جابر رضي الله عنه قال: «لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه وقال هم سواء»[2]. ولا لعن الا على محرم.

وما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا وما هن يا رسول الله؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرَّم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات»[3]. فالنبي ﷺ أمر باجتناب الربا، وعده من المهلكات، وهذا دليل حرمته.

وأما الاجماع:

فقد أجمعت الأمة على تحريم الربا مطلقاً، سواء أكان قليلاً أم كثيراً، ربا فضل أو نسيئة. وأما ما روي عن ابن عباس من أنه كان يجوز ربا الفضل دون النسيئة فقد نقل رجوعه عنه[4]، وبهذا يكون الاجماع صحيحاً.

---

(١) سورة البقرة آية ٢٧٨، ٢٧٩.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي، جـ ١١، ص ٢٦. والمراد من موكله الذي أعطى الربا لأنه ما تحصل الربا إلا منه فكان داخلاً في الإثم، وإثم الكاتب والشاهدين لاعانتهم على المحظور.

(٣) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٧، ص ١٥٢.

(٤) راجع النووي على مسلم، جـ ١١، ص ٢٤.

أنواع الربا:

قسم الفقهاء الربا الى نوعين:

النوع الأول: ربا النسيئة: وهو تأخير الدين في نظير الزيادة على أصله أو تأخير أحد البدلين في بيع الطعام الربوي بجنسه. وكان في الجاهلية اذا داين الرجل أخاه، ثم حل الأجل، قال له: إما أن تقضي أو تربي، فإما قضاه وإما أجله وزاده شيئاً على رأس ماله[1] ومثاله في القرض كما اذا أقرض شخص آخر ألف ريال على أن يرد له بدلها ألف ومائة ريال بعد مدة معينة. ومثاله في البيع شراء أردب من القمح بأردب ونصف منه مشروط تسليمها بعد مدة معينة.

ولا يشترط لجريان ربا النسيئة زيادة أحد البدلين على الآخر زيادة حقيقية، بل يكفي الزيادة الحكمية، وهي مجرد اشتراط الأجل في أحد البدلين ولو كانا متساويين، كصرف مائة ريال مجمدة بمائة أخرى فكة مع تأخر القبض، وبيع أردب من القمح بأردب منه مؤجلاً.

كما لا يشترط لجريان هذا النوع من الربا أن يكون البدلان متجانسين، بل قد يجري في البدلين مختلفي الجنس، كشراء أردب من القمح بأردب ونصف من الشعير مؤجلاً[2].

النوع الثاني: ربا الفضل: وهو زيادة أحد البدلين على الآخر في مبادلة المال الربوي بجنسه مناجزة[3]. كبيع عشرة جرامات من الذهب بأحد عشر جرام منه مع التقابض، أو بيع ثلاثة أرادب من القمح بأربعة أرادب منه حالاً.

وهذان النوعان من الربا محرمان، ودليل تحريمهما، قول الله تعالى: ﴿وحرم

---

(١) د. رمضان حافظ في أضرار الربا الاجتماعية والبديل عنه على آلة كاتبة ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م، القاهرة، ص ١٠.

(٢) نظرية الربا المحرم في الشريعة الإسلامية، بحث للشيخ ابراهيم زكي الدين بدوي بمجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة التاسعة، ص٣٩٢.

(٣) مرجع الهامش السابق في نفس الموضع المذكور.

الربا﴾[1] لأن لفظ الربا في الآية عام يتناول جميع أفراد ما يصدق عليه اسم الربا.

وما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا[2] بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز» متفق عليه[3].

وما روي عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد» رواه مسلم[4]. فالحديثان قد أفادا حرمة ربا الفضل والنسيئة. أما حرمة الفضل فقد نهى النبي ﷺ عن الزيادة في الربوي المتحد الجنس بقوله في الحديث الأول «لا تبيعوا.. إلا مثلاً بمثل، وقوله في الحديث الثاني بعد أن عدد الأصناف الستة مثلا بمثل»، لأن الزيادة عين ربا الفضل، وأكد ذلك بقوله في الحديث الأول «ولا تشفوا بعضها على بعض»، وفي الحديث الثاني «سواء بسواء» أي بلا زيادة.

وأما حرمة النسيئة فقد نهى النبي ﷺ عن التأخير وهو ربا النسيئة بقوله في الحديث الأول «ولا تبيعوا منها غائباً بناجز»، وفي الحديث الثاني «يداً بيد» أي اذا كان مناجزة وحالاً فجائز وإلا اذا تأجل أحد البدلين في العين أو الطعام الربوي فغير جائز، وهو ربا النسيئة.

أما ما نسب الى ابن عمر وابن عباس وأسامة بن زيد وغيرهم من أنهم كانوا يبيحون ربا الفضل استناداً الى حديث أسامة، وهو أن النبي ﷺ قال: «إنما الربا

---

(١) سورة البقرة آية ٢٧٥.

(٢) ولا تشفوا بضم المثناة الفوقية فشين معجمة مكسورة ففاء مشددة مضمومة: أي لا تفضلوا.

(٣) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٣٧.

(٤) انظر النووى على مسلم، جـ ١١، ص ١٤.

في النسيئة» وغير ذلك من الروايات الأخرى التي بهذا المعنى[1]، فإنه قد ثبت رجوعهم عن هذا القول[2]، وبأن الحديث محمول على اختلاف الجنس، فإن الذي يحرم حينئذ هو النسيئة ويباح التفاضل كبيع القمح بالشعير متفاضلاً بشرط التقابض في المجلس، أو بأن حديث أسامة مجمل وحديث عبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري وغيرهما مبين، فوجب العمل بالمبين وتنزيل المجمل عليه، أو أن المراد حصر الكمال، أي إنما الربا الكامل في النسيئة[3]. وبترك العمل بظاهر الحديث، وبرجوع القائلين بحل ربا الفضل عن قولهم، يكون قد وقع الاتفاق والاجماع على تحريم الربا بنوعيه.

العلة في تحريم الربا[4]:

الأعيان الستة التي خصها حديث عبادة بن الصامت بالذكر وهي: الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح، تنظم الأشياء الأساسية التي يحتاج الناس اليها والتي لا غنى عنها.

فالذهب والفضة هما العنصران الأساسيان للنقود التي تنضبط بها المعاملة والمبادلة فهما معيار الأثمان الذي يرجع اليه في تقويم السلع.

وأما بقية الأعيان الأربعة فهي عناصر الأغذية وأصول القوت الذي به قوام الحياة، فاذا جرى الربا في هذه الأشياء كان ضاراً بالناس ومفضياً الى الفساد في المعاملة، فمنع الشارع منه رحمة بالناس ورعاية لمصالحهم.

ويظهر من هذا أن علة التحريم بالنسبة للذهب والفضة كونهما ثمناً. وأن

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٥١. وما بعدها.
(٢) شرح النووي على صحيح مسلم، جـ ١١، ص ٢٤.
(٣) أو غير ذلك من الوجوه، واذا أردت المزيد فارجع الى ما ذكره الدكتور رمضان حافظ عبد الرحمن في أضرار الربا الاجتماعية والبديل عنه، ص ١٣ وما بعدها.
(٤) فقه السنة للشيخ السيد سابق، جـ ٣، ص ١٧٩، ١٨٠.

علة التحريم بالنسبة لبقية الأجناس كونها طعاماً.

فاذا وجدت هذه العلة في نقد آخر غير الذهب والفضة أخذ حكمه فلا يباع إلا مثلاً بمثل يداً بيد.

وكذلك اذا وجدت هذه العلة في طعام آخر غير القمح والشعير والتمر والملح فانه لا يباع إلا مثلاً بمثل يداً بيد.

فاذا اتفق البدلان في الجنس والعلة حرم التفاضل وحرم النسيئة أي التأجيل. فاذا بيع ذهب بذهب أو قمح بقمح فإنه يشترط لصحة هذا التبادل شرطان:

(١) التساوي في الكمية بقطع النظر عن الجودة والرداءة لما رواه مسلم أن رجلاً جاء الى رسول الله ﷺ بشيء من التمر، فقال له النبي ﷺ: ما هذا من تمرنا؟ فقال الرجل: يا رسول الله بعنا تمرنا صاعين بصاع. فقال النبي ﷺ: ذلك الربا رده ثم بيعوا تمرنا ثم اشتروا لنا من هذا»[١]

(٢) عدم تأجيل أحد البدلين، بل لا بد من التبادل الفوري.

واذا اختلف البدلان في الجنس واتحدا في العلة حل التفاضل وحرم النسيئة. فاذا بيع ذهب بفضة أو قمح بشعير، فهنا يشترط شرط واحد وهو الفورية. ولا يشترط التساوي في الكم، بل يجوز التفاضل.

واذا اختلف البدلان في الجنس والعلة، فإنه لا يشترط شيء، فيحل التفاضل والنسيئة. فاذا بيع الطعام بالفضة أو الأرز بالثياب حل التفاضل والنسيئة.

الحكمة في تحريم الربا:

حرم الاسلام الربا لما فيه من ضرر عظيم لأنه:

(١) يسبب العداوة بين الأفراد ويقضي على روح التعاون بينهم، لأن المرابي يبتز

---

(١) ومثله في سبل السلام للصنعاني، جـ٣، ص ٨٤٦.

أموال الناس ويتحين ساعة احتياجهم ويستغل ضعف مواقفهم فيأخذ منهم أكثر مما أعطاهم، ومن كان هذا شأنه كان مبغضاً ممن تعامل معهم ومكروهاً لديهم، وبالتالي لا ينتظر تعاوناً منهم، لأنه قطع أواصر الأخوة والمحبة.

(٢) يؤدي الى خلق طبقة مترفة لا تعمل شيئاً، سوى أنها صاحبة مال، فالربا لا عمل فيه، بل هو مال يلد مالاً دون عمل.

(٣) وسيلة لتضخيم رأس المال على حساب العاملين، فهو لا ينشأ نتيجة جهد مبذول من صاحب العمل، بل نتيجة وجود مال فائض فقط، ومن ثم يشيع بين المرابين البطالة والترهل والكسل على حساب الكادحين الذين يحتاجون للمال أشد الاحتياج.

هذا وقد اعترض المرابون في عهد رسول الله ﷺ على تحريم الربا «ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا»[١] وكانت الشبهة التي ركنوا اليها، هي أن البيع يحقق فائدة وربحاً، كما أن الربا يحقق فائدة وربحاً. وهذه شبهة واهية، فالعمليات التجارية قابلة للربح والخسارة، والمهارة الشخصية والجهد الشخصي والظروف الطبيعية الجارية في الحياة هي التي تتحكم في الربح والخسارة. أما العمليات الربوية فهي محددة الربح في كل حالة. وهذا هو الفارق الرئيسي، وهذا هو مناط التحريم والتحليل[٢].

تحليل الفوائد الربوية في القانون:

كان الربا محرماً في الشريعة الموسوية والعيسوية، واستمر هذا التحريم سائداً في أوروبا طوال القرون الوسطى حتى بدأ عصر النهضة فبدأت هذه الحرمة تنحل شيئاً فشيئاً في سبيل الضعف والتلاشي حتى كانت الثورة الفرنسية، فاحتضنت المذهب المعارض للتحريم وجعلته مبدأ رسمياً، فقررت الجمعية

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٥.

(٢) د. غريب محمد سيد أحمد في الاقتصاد الإسلامي ـ دراسة في علم الاجتماع الاقتصادي، دار المعرفة الجامعية، بالاسكندرية ١٩٨١ م، ص ٩٩، ١٠٠.

العمومية الفرنسية في الأمر الصادر في ١٥ أكتوبر سنة ١٧٨٩ م، جواز التعامل بالربا في حدود خاصة يعينها القانون.

وقد تأثرت القوانين الوضعية كلها بعد هذا بفكرة تحليل الربا إلا ما كان منه فاحشاً، وإن اختلفت هذه القوانين في تقدير حد الربا الفاحش.

ولما استعمر الغرب بلاد الإسلام والعرب، وعمل على أن تكون قوانينه الوضعية هي السائدة في الأقطار الاسلامية، أصبح تحليل الربا أو أخذ الفائدة على القروض أمراً معمولاً به في هذه الأقطار، وإن اختلف مقدار الفائدة في هذه الدول قلة وكثرة.

وقد تكفلت قوانين البلاد المختلفة بتحديد سعر الفائدة، والسبب في ذلك أن واضعي القوانين في العالم أجمع أرادوا أن يخففوا من رزايا الربا، الذي هو موضع كراهية تقليدية، ومن ثم حددوا منطقته بتحديد مقدار ما يباح أخذه كتعويض عن التأخر في الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود أو كتعويض عن الانتفاع برأس المال فيما يباح أخذه بمقتضى القانون، ويسمى فائدة، ويخرج بذلك في نظرهم عن دائرة الربا المحرم، ويكون كسباً مشروعاً بمقتضى القانون، أما ما زاد عن ذلك فهو الربا المحرم في نظرهم ويطلقون عليه اصطلاح الربا الفاحش[١].

هذا والفوائد الربوية في القانون[٢] على نوعين:

النوع الأول ـ الفوائد التأخيرية:

وهي فوائد تستحق عن مبلغ من النقود حل ميعاد استحقاقه وتأخر المدين في الوفاء به. فمثلاً لو باع زيد سلعة معينة لعمرو، واتفقا على تأجيل أداء ثمنها سنة، ومضت السنة دون أن يفي عمرو بدينه لزيد، وطلب زيد بعد ذلك من القضاء

---

(١) الوسيط للسنهوري، جـ ٢، آثار الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة ١٩٥٦ م، ص ٨٨٢.

(٢) انظر المواد ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨ من القانون المدني المصري.

الحكم له بفائدة ربوية جزاء تأخر المدين في الوفاء، كان له ذلك. وسميت هـذه الفوائد بالفوائد التأخيرية.

وللدائن والمدين الاتفاق على استحقاق هذه الفوائد، كما أن القانون يقضي بها وفقاً لقواعد معينة.

النوع الثاني ـ الفوائد التعويضية:

وهي الفوائد التي تستحق عن مبلغ من النقود لم يحل ميعاد استحقاقه. فهو دين في ذمة المدين طوال الأجل، ويدفع المدين في مقابل هذا الأجل أي في مقابل بقاء هذا الدين في ذمته مدة الأجل الفوائد التعويضية التي يتفق عليها مع الدائن. فلو اتفق سليمان مع عبـد الرحمن، عـلى أن يستدين الأول من الثـاني مبلغ ألف ريال، يدفعها بعد سنة ألف ومائة ريال، كانت هذه المائة ريال فوائـد تعويضيـة للدائن عن بقاء الألف ريال في ذمة المدين مدة هذه السنة.

ويجب أن يتفق الدائن والمدين على استحقاق الفوائد التعويضية حتى يقضي بها، وبدهي أن هذا الاتفاق يجب أن يكون عن مبلغ من النقود لم يحل ميعاد استحقاقه بعد، أما بعد استحقاق الدين فلا يسري إلا الفوائد التأخيرية.

ولكل من نوعي الفوائد التأخيرية والتعويضية شروط استحقاق خاصة به، فضلاً عن الشروط العامة التي تحدد المنطقة التي تستحق في دائرتها الفوائـد سواء أكانت تأخيرية أم تعويضية. فالشروط العامة التي تحدد منطقة استحقاق الفـوائد هي:

(١) الالتزام بدفع مبلغ من النقود.
(٢) أن يكون هذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب.

أما الشروط الخاصة لاستحقاق الفوائد التأخيرية فهي:
(١) تأخر المدين في الوفاء بالتزامه.
(٢) مطالبة الدائن بهذه الفوائد مطالبة قضائية.

وأما الشروط الخـاصة لاستحقـاق الفوائـد التعويضيـة فهي شرط واحـد،

وهو: الاتفاق بين الدائن والمدين[1].

فاذا توفرت شروط استحقاق الفوائد التأخيرية أو التعويضية فإنه يقضي بالفائدة المقررة قانوناً[2] أو الفائدة المتفق عليها في حدود الحد الأقصى الجائز قانوناً[3].

موقف الشريعة الاسلامية من تحليل الفوائد الربوية في القانون:

عرفنا أن القانون أباح الفائدة في حدود معينة. والحقيقية أن هذه الفوائد بنوعيها (تأخيرية وتعويضية) لا تخرج عن كونها نوعاً من ربا النسيئة المحرم في الشريعة الإسلامية تحريماً قاطعاً كما بيناه، فليرجع اليه ففيه الكفاية، وذلك حتى لا نكرر ما سبق ذكره، ولكن يبقى أن نبين أمرين ليزداد الأمر وضوحاً هما:

(١) تحريم القرض بفائدة في الشريعة الإسلامية.
(٢) قليل الربا وتحريمه في هذه الشريعة الغراء.

أولاً ـ تحريم القرض بفائدة في الشريعة الإسلامية:

حرمت الشريعة الإسلامية القرض بفائدة، لأنه ربا. ودليل ذلك: القرض بفائدة ربا، وكل ربا محرم، فالقرض بفائدة محرم.

دليل المقدمة الصغرى (القرض بفائدة ربا): السنة والاجماع:

فالسنة: ما أخرجه البيهقي في المعرفة عن فضالة بن عبيد موقوفاً بلفظ «كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا» ورواه في السنن الكبرى عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس موقوفاً عليهم[4].

ومن هذا الحديث يتضح أن القرض بمنفعة ربا. فإن قيل: إن هذا حديث

---

(١) راجع تفصيل هذه الشروط في الوسيط للسنهوري، جـ ٢، ص ٨٨٧ وما بعدها.
(٢) وهي في القانون المدني المصري ٤٪ في المسائل المدنية و٥٪ في المسائل التجارية.
(٣) وهو في القانون المدني المصري ٧٪.
(٤) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٥٣.

موقوف. قلنا لهم: إن علماء الحديث قد نصوا على أن قول الصحابي اذا لم يكن من قبيل الرأي والاجتهاد فهو يعطي حكم الحديث المرفوع، اذ لا بد للصحابي من مرجع، ولا مرجع له إلا رسول الله ﷺ[1].

وقد وردت أحاديث كثيرة تدل على أن كل سلف جر منفعة فهو ربا منها: ما روي عن علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «كل قرض جر منفعة فهو ربا»[2] الى غير ذلك.

أما الاجماع: فقد أجمع المسلمون على أن كل قرض شرط فيه زيادة أو هدية فهو ربا[3].

هذا دليل المقدمة الصغرى (القرض بفائدة ربا). أما دليل المقدمة الكبرى (وكل ربا محرم) فالكتاب والسنة والاجماع وقد سبق تفصيل ذلك.

ثانياً ـ قليل الربا وتحريمه في الشريعة الإسلامية:

ذهب بعض علماء الشريعة الإسلامية المحدثين الى ما ذهب اليه القانون من اباحة قليل الربا وتحريم كثيره (الربا الفاحش)

واستدلوا على دعواهم بظاهر قول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون﴾[4]. فالربا المحرم عندهم هو ما كان كثيراً متفاحشاً وهو المشار اليه في الآية بقيد المضاعفة، لأن الآية أفادت بمنطوقها الصريح أن المحرم هو ما بلغ أضعافاً مضاعفة، وأفادت بطريق مفهومها المخالف أنه اذا لم يكن أضعافاً مضاعفة فهو غير منهي عنه، فيكون قليل الربا مباحاً.

---

(١) أضرار الربا الاجتماعية والبديل عنه، د. رمضان حافظ، ص ٣١.

(٢) أخرجه ابن حجر في بلوغ المرام شرح الصنعاني، سبل السلام، جـ٣، ص٥٣، عن علي وقال معقباً عليه، رواه الحارث بن أسامة واسنادة ساقط لأن في اسناده سوار بن مصعب الهمداني المؤذن الأعمى وهو متروك.

(٣) د. رمضان حافظ، أضرار الربا الاجتماعية والبديل عنه، ص٣١.

(٤) سورة آل عمران آية ١٣٠.

(٥) راجع أضرار الربا الاجتماعية والبديل عنه د. رمضان حافظ، ص ٢٦.

ولأن القيد المذكور في الآية لا بد له من فائدة وإلا كان ذكره عبثاً وهو محال يصان عنه كلام الله تعالى، وفائدة القيد في الآية هي التخصيص فيكون النهي في الآية مقيداً بقيد المضاعفة، فاذا ارتفع هذا القيد ارتفع النهي فيكون القليل مباحاً. ثم يصل بهم الحد الى القول وعلى هذا تكون هذه الآية حاكمة على كل آي القرآن الكريم في الربا، لأن المطلق يحمل على المقيد.

ونناقش فيما يلي دليل القائلين بجواز قليل الربا ليتضح بطلانه:

أولاً: إن دلالة المفهوم ليست حجة.

وبيان ذلك أن الآية الكريمة أفادت النهي عن الربا اذا كان أضعافاً مضاعفة بطريق المنطوق، وأفادت عدم النهي عن الربا عند انتفاء الوصف وهو المضاعفة بطريق المفهوم المخالف، ودلالة المفهوم ليست حجة كما هو مذهب الأحناف والباقلاني والغزالي والآمدي من الشافعية[1].

ثانياً: إذا سلمنا أنها حجة كما هو مذهب الجمهور فإنها في هذه الآية لا يصح العمل بها لفقدان شرطها.

وبيان ذلك أن القائلين بحجة مفهوم المخالفة اشترطوا أن لا يخالفه منطوق، فاذا تعارضت دلالة المنطوق مع دلالة المفهوم كانت دلالة المنطوق أرجح وأحق بالاعتبار والتقديم. وأصبحت دلالة المفهوم مهدرة من حيث اثبات حكم مخالف وإن كان لها فائدة أخرى[2]، وهنا قد خالفه منطوق وهو قول الله تعالى: ﴿وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾[3].

ثالثاً: إن شرط العمل بدلالة المفهوم المخالف اذا كان القيد وصفاً أن يكون القيد المذكور للتخصيص وليس له فائدة أخرى سواه فإن كان له فائدة أن يكون القيد المذكور للتخصيص وليس له فائدة أخرى سواه فان كان له فائدة غير

---

(١) المرجع السابق بنفس الصحيفة.

(٢) أضرار الربا الاجتماعية والبديل عنه د. رمضان حافظ، ص ٢٦.

(٣) سورة البقرة آية ٢٧٩.

التخصيص لا يكون حجة ولا يجب العمل بالمفهوم المخالف، وقد وجد لهذا القيد في الآية فائدة أخرى سوى التخصيص، وهو أن هذا الوصف ذكر لبيان الواقع ولذكر الشائع الغالب فيهم، فقد ذكر المفسرون أن الرجل يكون له دين على آخر فاذا حل الأجل قال له إما أن تقضي وإما أن تزيد في الدين وكلما أخره في الأجل زاد في الفائدة حتى يصل الربا أضعافاً مضاعفة فنهوا عن ذلك فكان هذا هو سبب نزولها، قال مجاهد: كانوا يبيعون البيع الى أجل فإذا حل الأجل زادوا في الثمن على أن يؤخروا فأنزل الله عز وجل: ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾[١]. فليست هذه الحال لتقييد المنهى عنه بل هو لمراعاة الواقع[٢].

رابعاً: لو كان وصف المضاعفة للتخصيص وليس لبيان الواقع الغالب الشائع لأدى هذا الى التناقض والتضارب في كتاب الله تعالى وهو مستحيل.

وبيان ذلك أن الوصف في آية آل عمران لو كان للتخصيص لكان المنهى عنه من الربا هو ما بلغ أضعافاً مضاعفة وهو الكثير، واذا ارتفع الوصف ارتفع النهي، فيكون قليل الربا غير محرم. وقوله تعالى في سورة البقرة: ﴿وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ﴾[٣] أفاد حرمة الربا مطلقاً سواء أكان قليلاً أم كثيراً. وهذا هو عين التناقض والتضارب اذا جرينا على هذا القول تنزه كتاب الله تعالى عن ذلك[٤].

وكيف يكون في كتاب الله تعالى تناقض أو تضارب وهو كتاب الله الذي ﴿ لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد ﴾[٥].

واذا كان هذا التفسير مستحيلاً لأنه يؤدي الى التناقض في كتاب الله تعالى وجب تركه، وحمل الآية على أن الوصف للغالب وليس للتخصيص وما أكثر هذا

---

(١) سورة آل عمران آية ١٣٠.
(٢) تفسير القرطبي، كتاب الشعب، ص ١٤٤٤.
(٣) سورة البقرة آية ٢٧٩.
(٤) أضرار الربا الاجتماعية والبديل عنه، د. رمضان حافظ، ص ٢٧.
(٥) سورة فصلت آية ٤٢.

في كتاب الله تعالى، قال تعالى: ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق ﴾[1].

فالقيد هذا ليس للتخصيص بالاجماع وإلا لكان قتل الأولاد عند عدم الخوف من الفقر جائزاً ولم يقل بذلك أحد من العلماء[2].

ومما يرجح هذا القول أن علماء الأصول قرروا أنه اذا أمكن الجمع بين الدليلين وجب المصير اليه لأن العمل بهما أولى من العمل بأحدهما وترك العمل بالآخر[3]، وقد أمكننا الجمع بين الآيتين بحمل قيد المضاعفة على أنه ذكر لذمهم والتشنيع عليهم، وبحمل آية البقرة ﴿ فلكم رؤوس أموالكم ﴾[4] على تحريم الربا **مطلقاً** قل أو كثر.

خامساً: إن القائلين بإباحة قليل الربا يتناقضون في دعواهم ويتضاربون في أقوالهم ولا يأخذون بظاهر الآية.

وبيان ذلك أن الأضعاف جمع ضعف، وأقل الجمع ثلاثة، وعلى هذا الظاهر فلا يحرم الربا إلا إذا بلغ ثلاثة أضعاف الدين، فالمحرم مثلاً إذا بلغت المائة ستمائة، فإذا نقصت عن هذا الحد وبلغت خمسمائة مثلا لكان جائزاً، والقائلين بإباحة القليل لا يستبيحون هذا ولا يقولون به، بل يعدونه من الربا المتفاحش وهذا هو عين التناقض والتضارب في دعواهم[5].

سادساً: جاء في السنة الصحيحة تحريم قليل الربا وهو ما روي عن عبد الله بن حنظلة ـ غسيل الملائكة ـ رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم أشد من ستة وثلاثين زنية» [6].

---

(١) سورة الإسراء آية ٣١.
(٢) راجع د. رمضان حافظ في أضرار الربا الاجتماعية والبديل عنه، ص ٢٨.
(٣) شرح الأسنوي، جـ ٣، ص ١٥٨، وشرح البدخشي، جـ ٣، ص ١٥٧، وكلاهما قد شرح منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي الذي قال في هذا الموضع المذكور «اذا تعارض نصان فالعمل بهما من وجه أولى»، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده بالأزهر بمصر.
(٤) سورة البقرة آية ٢٧٩.
(٥) أضرار الربا الاجتماعية والبديل عنه د. رمضان حافظ، ص ٢٨.
(٦) الترغيب والترهيب للمنذري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثالثة ١٣٨٨ هـ، ١٩٦٨ م، جـ ٣، ص ٧، وجاء فيه رواه أحمد والطبراني في الكبير ورجال أحمد =

وجة الدلالة:

أن الحديث بين صراحة أن ما أخذ من ربا ولو كان درهماً فهو حرام، والرهم أول أعداد القلة، فيكون الحكم على قليل الربا وكثيره سواء. وهذا الحديث مما يدحض كل باطل، ويبطل حجة كل معاند مكابر.

سابعاً: أما قولهم أننا لو لم نقل أن التقييد بوصف الأضعاف المضاعفة للتخصيص لكان ذكره عبثاً فغير مسلم.

لأن فائدة التقييد بالوصف غير منحصرة في التخصيص بل وجدت له فائدة أخرى غيره وهي الزجر والتشنيع على آكلي الربا الذين قست قلوبهم وجفت ينابيع الرحمة من أفئدتهم لسوء معاملتهم وعدم الرحمة لغيرهم.

ثامناً: قولهم أن آية البقرة مطلقة في تحريم مطلق الربا وآية آل عمران مقيدة لتحريم الكثير، والمطلق يحمل على المقيد، كما قال علماء الأصول، مردود لأن كلتا الآيتين تفيد العموم في تحريم الربا قليله وكثيره، وقد أبطلنا أن قيد المضاعفة للتخصيص في آية آل عمران فتكون عامة كآية البقرة.

تاسعاً: هناك طريق آخر في الرد وهو التدرج في التشريع.

وبيان هذا أن الله لطيف بعباده رحيم بهم عالم بأحوالهم مطلع على أسرارهم خبير بما انطوت عليه نفوسهم ومن لطفه ورحمته بهم أنه لم ينههم عن المحرمات ولم يأمرهم بالواجبات دفعة واحدة، لأن هذا أثقل على النفس وأشق على المكلف، وإنما سلك بهم طريق التدرج في التكاليف ليكون هذا أرعى الى الامتثال وأسرع الى القبول وأيسر على النفوس، من أجل هذا فان الإسلام لم يحرم الخمر مرة واحدة وإنما مهد أولاً لتحريمها فقال تعالى: ﴿ يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم

= رجال الصحيح، وكذلك في مجمع الزوائد للهيثمي، مكتبة القدس، طبعة ١٣٥٣ هـ القاهرة، جـ ٤، ص ١١٧، ولقب حنظلة «بغسيل الملائكة» لأنه كان يوم أحد جنباً وقد غسل أحد شقي رأسه فلما سمع الهيعة خرج فاستشهد فقال رسول الله ﷺ: «لقد رأيت الملائكة تغسله» كما ورد في كتاب الترغيب والترهيب المذكور.

كبير ومنافع للناس واثمهما أكبر من نفعهما ﴾[1]. ثم حرم على السكران الصلاة حتى يفيق بقوله: ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾[2]، ثم حرمها مطلقاً فقال جل شأنه: ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾[3]، وكذلك الشأن في الربا فأنزل أولاً تحريمه مضاعفاً حتى اذا ما علموا سر النهي عنه وأنه يتجافى مع المروءة والرحمة والتعاون بين الناس حرمه عليهم مطلقاً قل أو كثر بقوله تعالى: ﴿ وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين ﴾[4]، وقال تعالى: ﴿ وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ﴾[5]، فهذا يفيد أن هناك نوعاً من الربا كان باقياً عندهم فنهوا عنه.

هذا وقد اتفق جمهور المفسرين على أن آية البقرة كانت آخر ما نزل من القرآن الكريم فتكون محكمة لا يعتريها نسخ ولا تأويل[6] وقد حرمت قليل الربا وكثيره بعد أن حرمت آية آل عمران كثيره.

وبهذا تكون دعوى تحليل قليل الربا باطلة، لأنها لم تستند الى دليل صحيح، والمتمسك بها ضال مضل ومفتر على الله كذباً.

---

(١) سورة البقرة آية ٢١٩.
(٢) سورة النساء آية ٤٣.
(٣) سورة المائدة آية ٩٠، وانظر ما ذكره الشيخ محمد أنيس عبادة عن التدرج في تشريع حرمة الخمر في كتابه الحدود، على آلة ناسخة سنة ١٩٧٥/٧٤ م، ص ١٠ وما بعدها.
(٤) سورة البقرة آية ٢٧٨.
(٥) سورة البقرة آية ٢٧٩.
(٦) البحر المحيط لأبي حيان، جـ ٢، ص ٣٤١.

الباب الخامس

الشركات والافلاس والأوراق التجارية

- الشركات في الفقه الاسلامي.
- الشركات في العصر الحديث وموقف الاسلام منها.
- الافلاس.
- الأوراق التجارية.



الفصل الثالث عشر

الشركات في الفقه الإسلامي

(التعريف بها، أنواعها، انتهاؤها)

أولاً ـ التعريف بالشركة في الفقه الإسلامي

تعريف الشركة في الفقه الإسلامي والغرض منها:

الشركة في الفقه الإسلامي عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في المال وربحه، أو على الاشتراك في ربحه دون الاشتراك في رأس المال، أو الاشتراك في أجر العمل، أو الاشتراك فيما يباع ويشترى دون أن يكون هناك رأس مال لهم يتجر فيه[1].

والغرض من الشركة تحقيق الربح المادي، وهذا ما يميزها عن الجمعية التي تهدف الى تحقيق غايات اجتماعية أو أدبية أو دينية أو غيرها من الأغراض العامة التي لا شأن لها بالكسب المادي.

دليل مشروعية الشركة:

الشركة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿ فهم شركاء في الثلث ﴾[2]، وقوله سبحانه ﴿ وإن كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم ﴾[3]، والخلطاء هم الشركاء.

---

(١) الشيخ علي الخفيف في الشركات في الفقه الإسلامي، معهد الدراسات العربية العالية جامعة الدول العربية سنة ١٩٦٢ م، ص ١٩، ٢٠.

(٢) سورة النساء آية ١٢.

(٣) سورة ص آية ٢٤.

وأما السنة: ما رواه أبو داود عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: قال الله تعالى: ﴿ أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ،فإن خان خرجت من بينهما﴾[1].

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة[2].

ثانياً ـ أنواع الشركات في الفقه الإسلامي:

تتنوع الشركات في الفقه الإسلامي الى خمسة أنواع هي:

(١) شركة العنان.
(٢) شركة المضاربة.
(٣) شركة الأبدان.
(٤) شركة الوجوه
(٥) شركة المفاوضة.

ونبين كل نوع منها فيما يلي:

(١) شركة العنان[3]:

شركة العنان هي أن يشترك اثنان فأكثر بماليهما على أن يعملا فيهما بأبدانهما والربح بينهما.

وهذه الشركة جائزة بالإجماع[4].

ولا يشترط فيها المساواة في المال ولا في التصرف ولا في الربح، فيجوز أن يكون مال أحدهما أكثر من الآخر، ويجوز أن يكون أحدهما مسؤولاً دون شريكه، ويجوز أن يتساويا في الربح كما يجوز أن يختلفا حسب الاتفاق بينهما، فاذا كان ثمن

---

(١) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٩٢.
(٢) المغني لابن قدامة، جـ ٥، ص ٣.
(٣) العنان بكسر العين وتفتح، مشتقة من عن الشيء اذا عرض، فالشريكان كل واحد منهما تعن شركة الآخر. وقيل: مشتقة من عناني الفرسين في التساوي.
(٤) المغني لابن قدامة، جـ ٥، ص ١٤.

خسارة فتكون بنسبة رأس المال[1].

ويجوز لكل واحد من الشركاء أن يبيع ويشتري مساومة ومرابحة كيف رأي المصلحة لأن هذه عادة التجار، وله أن يقبض المبيع والثمن أو يقبضهما، ويخاصم في الدين ويطالب به، ويحيل ويحال، ويرد بالعيب فيما وليه أو وليه غيره من الشركاء، كما أن له أن يقربه، ويفعل كل ما هو من مصلحة التجارة، لأن مبنى هذه الشركة على الوكالة، فيتصرف كل واحد من الشركاء في المال بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، ويجوز له أن يودع مال الشركة عند الحاجة اليه، اذ الضرورة قد تدعو لذلك. واذا تلف مال أحد الشركاء سواء خلط المال أم لم يخلط فهو من ضمان الشركاء لأن العقد اقتضى أن يكون مال الشركاء كالمال الواحد، فكذلك في الضمان.

(٢) شركة المضاربة (القراض)[2]:

تعريفها:

المضاربة هي عقد بين طرفين على أن يدفع أحدهما نقداً الى الآخر ليتجر فيه على أن يكون الربح بينهما حسب ما يتفقان عليه.

ويسميها أهل العراق «مضاربة» وهي مأخوذة من الضرب في الأرض، وهو السفر فيها للتجارة، يقول الله تعالى: ﴿ وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله ﴾[3].

ويسميها أهل الحجاز «القراض» وهو مشتق من القرض وهو القطع، فكأن المالك اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل ليتجر فيها واقتطع له العامل قطعة من الربح الذي هو نتيجة سعيه وعمله.

---

(١) فقه السنة، للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٩٦.

(٢) المغنى لابن قدامة، جـ ٥، ص ٢٦ وما بعدها، وفقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢١٢ وما بعدها.

(٣) سورة المزمل آية ٢٠.

حكمها :

المضاربة جائزة بالاجماع .

فقد ضارب رسول الله ﷺ لخديجة رضي الله عنها بمالها وسافر به الى الشام قبل أن يبعث، وقد كان معمولاً بها في الجاهلية، ولما جاء الإسلام أقرها[1].

وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم خرجا في جيش الى العراق، فلما قفلا، أي رجعا، مرا على عامل لعمر، وهو أبو موسى الأشعري، وهو أمير البصرة، فرحب بهما وسهل، وقال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى، ههناك مال من مال الله أريد أن أبعث به الى أمير المؤمنين فأسلفكما فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ثم تبيعانه في المدينة وتوفران رأس المال الى أمير المؤمنين ويكون لكما ربحه، فقالا: وددنا، ففعل، فكتب الى عمر أن يأخذ منهما المال، فلما قدما وباعا وربحا، قال عمر: أكل الجيش قد أسلف كما أسلفكما؟ فقالا: لا، فقال عمر: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما، أديا المال وربحه .

فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: يا أمير المؤمنين لو هلك المال ضمناه، فقال: أدياه، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً، أي لو عملت بحكم المضاربة، وهو أن يجعل لهما النصف ولبيت المال النصف، فرضي عمر وأخذ رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال[2].

وروي عن حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق[3].

وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام «أنهما قارضا» ولا مخالف لهما من الصحابة فكان اجماعاً[4].

---

(١) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٩١٥.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٣٩٤.

(٣) المرجع السابق، في نفس الموضع المذكور.

(٤) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٣٩٣، ٣٩٤، وسبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٩١٥.

حكمة تشريعها:

شرع الإسلام المضاربة وأباحها تيسيراً على الناس. فقد يكون بعض منهم مالكاً للمال ولكنه غير قادر على استثماره، وقد يكون هناك من لا يملك المال لكنه يملك القدرة على استثماره، فأجاز الشارع هذه المعاملة لينتفع كل واحد منهما، فرب المال ينتفع بخبرة المضارب، والمضارب ينتفع بالمال، ويتحقق بهذا تعاون المال والعمل، وما شرع الله العقود إلا لتحقيق المصالح ودفع الحوائج.

ركنها:

وركن المضاربة الايجاب والقبول الصادران ممن لهما أهلية التعاقد، ولا يشترط لفظ معين، بل يتم العقد بكل ما يؤدي الى معنى المضاربة، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

شروط صحتها:

يشترط لصحة المضاربة الشروط الآتية:

(١) أن يكون رأس المال نقداً: فإن كان تبراً أو حلياً أو عروضاً أو ديناً فإنها لا تصح.

(٢) أن يكون رأس المال معلوماً: كي يتميز رأس المال الذي يتجر فيه من الربح الذي يوزع بين المتعاقدين حسب الاتفاق.

(٣) أن يكون الربح بين العامل وصاحب رأس المال معلوماً بالنسبة، كالنصف والثلث والربع، لا بقدر معين: لأن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها[١] ولأنه لو اشترط قدراً معيناً لأحدهما فقد لا يكون الربح إلا هذا القدر، فيأخذه من اشترط له ولا يأخذ الآخر شيئاً، وهذا مخالف للمقصود من عقد المضاربة الذي يراد به نفع كل من المتعاقدين. وقد أجمع العلماء على ذلك.

---

(١) سبل السلام للصنعاني، جـ ٢، ص ٩١٦.

(٤) أن تكون المضاربة مطلقة: فلا يقيد رب المال العامل بالاتجار في بلد معين أو في سلعة معينة، أو يتجر في وقت دون وقت، أو لا يتعامل إلا مع شخص بعينه، ونحو ذلك من الشروط، لأن اشتراط التقييد كثيراً ما يفوت المقصود من العقد، وهو الربح، فلا بد من عدم اشتراطه، وإلا فسدت المضاربة، وهذا مذهب مالك والشافعي.

وأما أبو حنيفة وأحمد فلم يشترطا هذا الشرط، وقالا: إن المضاربة كما تصح مطلقة فإنها تجوز كذلك مقيدة، وفي حالة التقيد لا يجوز للعامل أن يتجاوز الشروط التي شرطها، فان تعداها ضمن.

روي عن حكيم بن حزام صاحب رسول الله ﷺ: «أنه كان يشترط على الرجل اذا أعطاه مالاً مقارضة يضرب له به أن لا تجعل مالي في كبد رطبة، ولا تحمله في بحر، ولا تنزل به بطن مسيل، فإن فعلت شيئاً من ذلك فقد ضمنت مالي»(١).

وهذا هو الراجح لهذا الأثر، ولأن التقييد لا يترتب عليه محظور شرعي.

وليس من شروط المضاربة بيان مدتها، فهي عقد جائز يمكن فسخه في أي وقت، وليس من شروطها كذلك أن تكون بين مسلم ومسلم، بل يصح أن تكون بين مسلم وذمي.

وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال، بمعنى أنه لا يستحق شيئاً من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه، ومتى كان في المال خسران وربح جبر الخسران من الربح سواء أكان الربح والخسران في مرة واحدة أم الخسران في صفقة والربح في الأخرى. ولكن اذا كان في المال خسارة ولا ربح يجبر هذه الخسارة، دون تعد ولا تقصير من العامل، فإن الذي يتحمل ذلك هو رب المال، لأن هلاك المال أو نقصه على صاحبه، ولا يتحمل المضارب شيئاً من هذه الخسارة، لأنه قد شارك بالعمل فخسارته ذهاب نفع بدنه(٢).

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٣٩٣، وسبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٩١٥.
(٢) الشركات في الفقه الإسلامي د. رشاد خليل، دار الرشيد والتوزيع، مطابع الوطن الفنية الطبعة الثانية ١٤٠١ هـ ـ ١٩٨١ م الرياض ـ السعودية، ص ١٦٤، ١٧٦.

العامل أمين:

يد العامل في مال المضاربة يد أمانة، ولذلك يصدق بيمينه في دعوى تلف المال أو خسارته ولا يضمن إلا بالتعدي، وكذلك الحال في دعوى رد المال لصاحبه ما لم يقبضه ببينة قصد بها التوثق، والقول للعامل أيضاً فيما يدعي أنه اشترى لنفسه أو للمضاربة لأن مرد ذلك الى نيته وهو أعلم بها لا يطلع عليها غيره، كما أن القول قوله في قدر رأس المال، وكذلك القول قول العامل في جزء الربح إن أيده العرف.

نفقة العامل:

نفقة عامل المضاربة على نفسه من ماله ما دام مقيماً، وكذلك اذا سافر للمضاربة، لأن النفقة قد تكون قدر الربح فيأخذه كله دون رب المال، ولأن له نصيباً من الربح مشروطاً له فلا يستحق معه شيئاً آخر. لكن اذا أذن رب المال للعامل بأن ينفق على نفسه من مال المضاربة أثناء سفره، أو كان ذلك مما جرى به العرف فإنه يجوز له حينئذ أن ينفق من مال المضاربة، ويرى الإمام مالك أن للعامل أن ينفق من مال المضاربة في سفره أيضاً متى كان المال كثيراً يتسع للانفاق منه.

فسخ المضاربة:

تنفسخ المضاربة بواحد مما يلي:

(١) أن تفقد شرطاً من شروط الصحة: فاذا فقدت شرطاً من شروط الصحة، وكان العامل قد قبض المال واتجر فيه فإنه يكون له في هذه الحال أجرة مثله. لأن تصرفه كان باذن رب المال وقام بعمل يستحق عليه الأجرة، وما كان من ربح فهو للمال وما كان من خسارة فهي عليه، ولا يضمنها العامل، لأنه حينئذ ليس إلا أجيراً، والأجير لا يضمن إلا بالتعدي.

(٢) أن يتعدى العامل أو يقصر في حفظ المال أو يفعل شيئاً يتنافى مع مقصود العقد: فإن المضاربة في هذه الحال تبطل ويضمن المال اذا تلف لأنه هو المتسبب في التلف.

(٣) أن يموت العامل أو رب العمل: فاذا مات أحدهما انفسخت المضاربة.

واذا تصرف العامل بعد علمه بموت رب المال وبغير اذن الورثة فهو غاصب وعليه الضمان، واذا ربح فالربح بينهما.

واذا انفسخت المضاربة ورأس المال عروض، فلرب المال وللعامل أن يبيعاه أو يقتسماه، لأن ذلك حق لهما. وإن رضي العامل بالبيع وأبى رب المال أجبر رب المال على البيع، لأن للعامل حقاً في الربح ولا يحصل عليه إلا بالبيع، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة.

هذا، وقد أجمع علماء الأمصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بحضرة رب المال، وأن حضور رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته، وأنه لا يكفي في ذلك أن يقسمه في حضور بينة أو غيرها.

(٣) **شركة الأبدان:**

وهي أن يتفق اثنان فأكثر على أن يتقبلا عملاً من الأعمال على أن تكون أجرة هذا العمل بينهما حسب الاتفاق [١].

وكثيراً ما يحدث هذا بين النجارين والحدادين والحمالين والخياطين والصاغة وغيرهم من المحترفين. وتصح هذه الشركة سواء اتحدت حرفتهما أم اختلفت[٢] كنجار مع نجار أو نجار مع حداد، وسواء عملا جميعاً أم عمل أحدهما دون الآخر، منفردين ومجتمعين[٣].

وتسمى هذه الشركة بشركة الأعمال أو الأبدان أو الصنائع أو التقبل.

---

(١) وجاء في المغنى لابن قدامة، جـ ٥، ص ٥: «معنى شركة الأبدان: أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعتهم، فما رزقهم الله تعالى فهو بينهم».

(٢) ويرى المالكية أن تكون الصنعة متحدة كحدادين، أو أن يتلازم عمل أحدهما مع عمل الآخر، وأن يتساويا في العمل أو يتقاربا فيه (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة، المطبعة الأزهرية ١٣٤٥ هـ، جـ ٣، ص ٢٩٧).

(٣) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٩٧.

ويرى الشافعي: أن هذه الشركة باطلة، لأنها شركة على غير مال، والشركة عنده تختص بالأموال لا بالأعمال.

وقال أبو حنيفة: تصح في الصناعة، أما في اكتساب المباح كالاحتشاش أو الاحتطاب فلا، مستدلاً: بأن الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الأشياء، لأن من أخذها ملكها.

وقال مالك وأحمد: تصح شركة الأبدان في كل ما يكتسب من مباح، سواء أكان مما يكتسب بالبدن وإن لم يوجد مال مثل الصيادين والحمالين والحطابين أم وجد مال مع عمل كالصناع، وهذا هو الراجح.

والدليل على ذلك ما رواه أبو عبيده بن عبد الله قال: «اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نصيب يوم بدر، قال: فجاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء» رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه[1].

ووجه الدلالة: أن غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل نزول قوله تعالى: ﴿ يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول ﴾[2] ولهذا نقل عن النبي ﷺ أنه قال: من أخذ شيئاً فهو له[3]، وبهذا يتبين أن شركة الأبدان تصح وان لم يكن فيها مال.

هذا، ولكل واحد من الشركاء المطالبة بالأجرة، وللمستأجر دفعها الى كل واحد منهم، والى أيهم دفعها بريء منها. وإن تلفت العين المعقود عليها في يد أحدهما من غير تفريط فهي من ضمان الجميع[4].

(٤) شركة الوجوه:

وهي أن يشتري اثنان فأكثر من الناس دون أن يكون لهم رأس مال

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٣٩٢.
(٢) سورة الأنفال آية ١.
(٣) نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٥، ص ٣٩٣.
(٤) د. أحمد عثمان، منهج الإسلام في المعاملات المالية، ص ١٦٦.

اعتماداً على جاههم وثقة التجار بهم على أن تكون الشركة بينهم في الربح . فهي شركة على الذمم من غير صنعة ولا مال .

وهي جائزة عند الحنفية والحنابلة ، لأنها عمل من الأعمال ، فيجوز أن تنعقد عليه الشركة ، ويصح تفاوت ملكيتهما في الشيء المشرى ، ويكون الربح بينهما على قدر نصيب كل منهما في الملك ، وهذا هو الراجح .

وأبطلها الشافعية والمالكية ، لأن الشركة إنما تتعلق بالمال أو العمل ، وهما هنا غير موجودين ، وهذا غير مسلم ، لأنها تقوم على البيع والشراء والأخذ والعطاء ، وهذا هو العمل ، فكيف يكون غير موجود؟ .

(٥) شركة المفاوضة :

تعريفها :

اختلف الفقهاء في تعريف شركة المفاوضة ، فيعرفها الحنفية بأنها : الشركة التي تقوم على أساس المساواة بين الشريكين في التصرف والمال والدين ، وتكون في جميع التجارات ، كما يفوض كل واحد منهما أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق[١] .

ويعرفها المالكية بأنها : أن يفوض كل واحد من الشريكين أو الشركاء الى صاحبه حرية التصرف في رأس مال الشركة ، غيبة وحضوراً ، وبيعاً وشراء ، وكراء واكتراء ، وضمانة وكفالة وتوكيلاً ، واستقراضاً وقراضاً وتبرعاً ، بما يكون به مصلحة تعود على الشركة ، فما فعله أحدهما من ذلك لزم صاحبه ، اذا كان عائداً على شركتهما ، وسواء اشتركا في جميع أموالهما أم بعضهما ، أو في نوع واحد من التجارات أو في جميع أنواعها[٢]

وهي عند الحنابلة نوعان[٣] :

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ، جـ ٦ ، ص ٥٨ .

(٢) شرح الزرقاني علي متن خليل ، المطبعة الأميرية بمصر ، الطبعة الأولى ١٣٠٦ هـ ، جـ ٦ ، ص ٤٤ .

(٣) المغنى لابن قدامة ، جـ ٥ ، ص ٢٩ ، ٣٠ .

أحدهما: أن يشتركا في جميع أنواع الشركة أو في اثنين على الأقل منها، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان والمضاربة أو في اثنين على الأقل من هذه الأنواع، فيصح ذلك، لأن كل نوع منها يصح على انفراده فيصح مع غيره.

وثانيهما: أن يدخل الشريكان في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو هبة، أو ما يجده من لقطة وركاز وغير ذلك، كما يلزم كل واحد منهما الآخر من أرش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة ضمان وكفالة.

وهذا النوع غير جائز عند الحنابلة لما فيه من الغرر، واذا وقع كان فاسداً ولا يصح.

وشركة المفاوضة عند الشافعية باطلة، ومعناها عندهم: أن يشترك الشركاء فيما يكسبونه بالمال والبدن، وأن يضمن كل واحد منهم ما يجب على الآخر من غرم، سواء أكان بغصب أم باتلاف أو بيع فاسد أو غير ذلك[1].

وبالنظر في هذه التعريفات المتقدمة يتضح لنا أن تعريف الحنفية ينفرد عن غيره من التعريفات الأخرى بتضمنه لبعض القيود التي تميزه مما سواه، فهم يرون أنه لا بد من التساوي بين المتفاوضين فيما يملكانه من المال، فلا يصح أن ينفرد أحدهما بتملك مال يصلح أن يكون رأس مال للشركة، فلو ورث أحدهما مالاً تصح فيه الشركة أو وهب له ووصل يده بطلت المفاوضة وصارت عناناً لفوات المساواة في رأس المال. كما أنهما يجب أن يتحدا فيما يجوز لكل منهما من التصرف فلا يستقل أحدهما بتصرف عن الآخر. ويجب كذلك أن يتفق المتفاوضان في الدين فلا تجوز شركة المفاوضة بين المسلم وغير المسلم.

أما تعريف المالكية فقد اقتصر على التفويض باطلاق التصرف من كل منهما لصاحبه، كما أنه لم يشترط التساوي في رأس المال بين الشركاء، وكذلك فإنه يجيز أن تكون المفاوضة في نوع واحد من التجارة.

---

(١) نهاية المحتاج للرملي، طبعة بولاق بمصر، جـ ٤، ص ٣، وتكملة المجموع شرح المهذب للمطيعي، جـ ١٣، ص ٥١٦.

وأما تعريف الحنابلة للنوع الأول من شركة المفاوضة فقد جمع بين أنواع متعددة من الشركاء يقول بها جمهور الفقهاء في الجملة، فهو لم يستحدث حكماً لنوع من التعامل يجري بين الناس في صورة معينة ومخالفة لهذه الأنواع التي شملها التعريف. كما أن تعريف النوع الثاني للمفاوضة عندهم قد جاء متفقاً مع تعريف الشافعية.

وأما تعريف الشافعية فقد أبهم معنى المفاوضة وفسر حقيقتها على نحو غامض يثير الريب والشكوك في التعامل بها مما جعلهم يقولون ببطلانها وعدم جوازها لاشتمالها على الغرر.

ومن مقارنة هذه التعريفات يتبين لنا أن تعريف الحنفية لشركة المفاوضة قد جاء واضحاً ومستوعباً لكل ما يصحح شرعيتها ويفيد جوازها، ولذلك فهو في نظرنا التعريف الراجح والمختار غير أنه قد قيد المفاوضة ببعض الشروط التي تجعل تحققها نادراً وعلى فرض تحققها فإن وجودها لا يستمر بمجرد زيادة مال أحد الشركاء ولو قليلاً، كما اذا تملك أحدهم مالاً غير مال الشركة فإنها تبطل بذلك.

حكم شركة المفاوضة:

شركة المفاوضة جائزة عند الحنفية، وباطلة عند الشافعية، حتى لقد قال الشافعي: إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة فلا باطل أعرفه في الدنيا[1]. كما أنها باطلة عند الحنابلة في نوعها الثاني عندهم.

وأما المالكية فان معناها عندهم غير متحقق، لأن ما ذكروه من تعريف لها ينطبق على شركة العنان التي يجيزها الفقهاء بالاجماع.

ويرجع اختلاف الفقهاء في حكم شركة المفاوضة تبعاً لاختلافهم في تعريفها فمن عرفها بتعريف لا يتضمن شيئاً من أنواع الغرر حكم بجوازها، ومن جاء تعريفه لها فيه شيء من أنواع الغرر حكم ببطلانها وحرم التعامل بها.

وقد استدل الأحناف على جواز شركة المفاوضة بما روي عن النبي ﷺ أنه

---

(١) تكملة المجموع شرح المذهب، محمد نجيب المطيعي، مطبعة الإمام بمصر، جـ ١٣، ص ٥١٧.

قال: «فاوضوا فإنه أعظم للبركة»[١]، وقوله: «اذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة»[٢]، ففي هذين الحديثين اقرار لشركة المفاوضة ودعوة الى التعامل بها. وأيضاً فإن الناس يتعاملون بها من غير نكير من زمن رسول الله ﷺ الى يومنا هذا فيكون إجماعاً سكوتياً، كما أن شركة المفاوضة تشتمل على الوكالة والكفالة، وهما أمران جائزان في حال الانفراد فيجوزان حال الاجتماع. وكذلك فإن شركة المفاوضة طريق لاستنماء المال وتحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت هذه الشركة جائزة كجواز شركة العنان[٣].

واستدل المانعون من جواز شركة المفاوضة بأن هذا النوع من الشركة ينبني على الغرر، لأن كل واحد من الشركاء يلزمه ما يلزم الآخر، وقد يلزمه شيء لا يمكنه الوفاء به، وقد نهى الرسول ﷺ عن الغرر[٤] والنهي يقتضي فساد المنهى عنه. كما أن شركة المفاوضة تتضمن الكفالة بالمجهول للمجهول، والكفالة للمجهول بالمعلوم باطلة، فبالمجهول أولى[٥] وأيضاً تتضمن الوكالة بمجهول الجنس، وذلك لا يصح حال الانفراد، فلا يصح حال الاجتماع[٦]، وأيضاً فإن ما استدل به المجيزون من أحاديث غير معروف، فقد ذكر صاحب نصب الراية أن الحديث الأول غريب[٧]، كما ذكر صاحب فتح القدير أن الحديث الثاني غير معروف في كتب الأحاديث[٨]، كذلك ذكر ابن قدامة أنه لا يعرفه، ولا رواه أصحاب السنن، وعلى فرض صحته فليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد،

---

(١) تكملة المجموع شرح المهذب للمطيعي، جـ ١٣، ص ٥١٧.

(٢) الهداية للميرغيناني، جـ ٢، ص ٤.

(٣) فتح القدير لابن الهمام، جـ ٥، ص ٧.

(٤) المسند للإمام أحمد بن حنبل، جـ ٤، ص ٢٦٦.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني، جـ ٦، ص ٥٨.

(٦) مغنى المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج ـ محمد الشربيني الخطيب ـ مطبعة الحلبي بمصر ١٣٢٧ هـ، جـ ٥، ص ٤.

(٧) نصب الراية لأحاديث الهداية ـ جمال الدين أبي محمد الزيلعي ـ طبعة دار المأمون بالقاهرة ١٣٥٧ هـ، جـ ٣، ص ٤٧٥.

(٨) فتح القدير للكمال بن الهمام، جـ ٥، ص ٧.

فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روى فيه «ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان»[1].

ويبدو لي من أدلة الفريقين أن الراجح منها هو ما ذهب اليه الحنفية من جواز شركة المفاوضة، اذ على فرض التسليم بقول المانعين من الجواز في عدم صحة الأحاديث التي رواها الأحناف، فان الضرر غير متحقق في المفاوضة لخلوها من الاستغلال بحصول التراضي عند عقدها، كما أن الجهالة لا تبطل الكفالة فيها لضرورة العلم بالمكفول به والمكفول له، لأن كل واحد من الشركاء إنما يصير ضامناً عن صاحبه ما لزمه بتجارته، وعند اللزوم، المضمون له والمضمون به معلوم، وأيضاً فإن هذه الوكالة في ضمن الشركة، فقد ثبتت ضمناً ولم تثبت قصداً، فتكون كالوكالة في شركة العنان فإنها وكالة في شراء مجهول الجنس، ثم إن ضمان ما لا يجب يصح عند الأكثرين، كأن يقال: ما أعطيت فلاناً فهو علي، كما دل عليه القرآن في قول مؤذن يوسف: «ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم»[2] وعموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم»[3].

كما أن قول المانعين لها على صفة ما ذكروه صحيح، لأن تعريفاتهم تشتمل على أنواع من الغرر[4].

شروط شركة المفاوضة[5]:

يشترط الأحناف للمفاوضة الشروط الآتية:

(١) أن يكون لكل من الشركاء أهلية الكفالة بأن يكون بالغاً عاقلاً، لأنها تتضمن كفالة كل واحد منهم للآخر في ضمان التجارة كالبيع والشراء والاستثمار والاستقراض.

---

(١) المغنى لابن قدامة، جـ ٥، ص ٣٠.

(٢) سورة يوسف آية ٧٢.

(٣) سنن أبي داود، مطبعة مصطفى البابي الطبعة الأولى سنة ١٩٥٢ م القاهرة، جـ ٣، ص ٢٩٧.

(٤) راجع الشركات في الفقه الإسلامي د. رشاد حسن خليل، ص ١٢٤.

(٥) مرجع الهامش السابق في نفس الموضع المذكور، وبدائع الصنائع للكساني، جـ ٦، ص ٦٨، ٧٢.

(٢) المساواة بين الشركاء في قدر حصة كل منهم في رأس مال الشركة، ولا بد من بقاء هذا التساوي من بداية الشركة الى نهايتها.

(٣) أن لا يكون لأحد الشركاء مال خارج الشركة، لأن ذلك يمنع المساواة في الأموال، فلا يجوز أن ينفرد أحد الشركاء بتملك مال يصلح أن يكون رأس مال للشركة[١].

(٤) أن يتحد الشركاء فيما يجوز لكل منهم من التصرف، فلا يستقل أحدهم بتصرف عن الآخرين.

(٥) أن يتساوى الشركاء في الدين، فلا تصح بين المسلم والكافر، وقد قال بهذا الشرط الإمام أبو حنيفة ومحمد، أما عند أبي يوسف فلا يلزم هذا الشرط.

(٦) أن تكون الشركة في عموم التجارات، فلا يصح تخصيصها بنوع معين من التجارة.

(٧) أن تكون بلفظ المفاوضة أو ما يقوم مقامها من عبارة تدل على المقصود، وذلك لخفاء شروطها وأحكامها، فلا يجمعها إلا لفظ المفاوضة المعبر عنها. فإذا كان الشركاء على علم بمعنى المفاوضة وقت التعاقد صحت الشركة بدون ذكر لفظ المفاوضة المعبر عنها، لأن العبرة في العقود بمعانيها لا بألفاظها. فإذا فقدت شرط من هذه الشروط انقلبت المفاوضة الى شركة عنان، لأن المفاوضة تضمنت العنان وزيادة، فبطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان.

ثالثاً ـ انتهاء الشركة بصفة عامة في الفقه الإسلامي

تنتهي الشركة في الفقه الإسلامي أيا كان نوعها، وينقضي وجودها بعد تحققه، بواحد من الأمور التالية:

(١) انسحاب أحد الشركاء: وذلك أن الشركة عقد جائز غير لازم، فيكون لكل

---

(١) فإن تفاضلاً في الأموال التي لا تصح فيها الشركة كالعقار والعروض والدين جازت الشركة لأن ما لا تنعقد عليه الشركة يكون وجوده وعدمه بمنزلة واحدة.

من الشركاء الحق في الانسحاب من الشركة متى أراد، وبانسحاب أحدهما تنتهي الشركة، وبعض الفقهاء يقيدون الحق في الانسحاب بأن لا تكون الشركة مؤقتة بمدة معينة وذلك عند من يقول بجواز توقيت الشركة، وألا يكون في استعمال هذا الحق إلحاق ضرر بأحد الشركاء[1].

(٢) موت أحد الشركاء: فإذا مات أحد الشركاء انقضت الشركة، ولم يكن للباقي منهما أن يتصرف في المال الباقي ولا في السلع الموجودة إلا برضاء ورثة الشريك الميت، لأن الشركة حين مات انقطعت بينهما وصار نصيب الميت لورثته وإذا كان الوارث رشيداً فهو مخير بين الاستمرار في الشركة وبين إلغائها، وإن كان قاصراً فإن وليه يقوم مقامه في ذلك، كما أن الموصى له بمال الشركة أو بعضه يكون مثل الوارث فيما ذكر[2].

وألحق بعض الفقهاء الردة بالموت فجعلها مبطلة للشركة ومنهية لها، فإذا ارتد أحد الشركاء ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لأنها تتضمن الوكالة والوكالة تبطل بالموت وبالتحاق المرتد بدار الحرب متى صدر حكم القاضي بلحوقه بها لأنها بمنزلة الموت[3].

(٣) الحجر على أحد الشركاء: تنتهي الشركة بالحجر على أحد الشركاء لجنونه أو سفهه وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل الشركة لأنها تنبني على الوكالة، وكذلك السفه فإن الحجر للسفه على الموكل يترتب عليه عزل وكيله فإذا حجر عليه لم يصر باقي الشركاء وكلاء عنه. والحجر على الشريك بسبب الإفلاس أو الإعسار يوجب تصفية أمواله ويدخل في ذلك نصيبه في الشركة، فيخرج هذا الشريك منها وبخروجه تنتهي الشركة[4].

(٤) عزل أحد الشركاء من الشركة: فقد يرى الشركاء أن أحدهم لا يستحق البقاء في الشركة لتقصيره في حقها وإساءته التصرف في شؤونها، وفي هذه

---

(١) د. رشاد خليل في الشركات في الفقه الإسلامي، ص ٩٢.
(٢) المغنى لابن قدامة، جـ ٥، ص ٢٥.
(٣) فتح القدير للكمال بن الهمام، جـ ٥، ص ٣٤.
(٤) كشف القناع عن متن الاقناع للبهوتي، جـ ٣، ص ٥٠٦

الحالة يكون للشركاء الحق في عزل شريكهم فتنتهي الشركة الأولى ويستمرون على شركتهم بعقد جديد، وإذا كانت الشركة بين شريكين فقط فإن عزل أحدهما للآخر ينهي الشركة[1].

(٥) هلاك مال الشركة: فإذا هلك جميع مال الشركة أو معظمه، أو هلكت حصة أحد الشركاء قبل الشراء أو اختلطت الأموال، سواء أكان المال من جنس واحد أم من جنسين، فإن الشركة لا تنعقد لفوات المحل وانعدامه بهلاك ما تعلق العقد بعينه قبل حصول المقصود منه، ولأن الشركة عقدت لاستنماء المال فلا يتصور وجودها بعد هلاكه[2].

ويلحق بهلاك المال اختلال المساواة في رأس المال الخاص بحصة كل شريك في شركة المفاوضة بأن يزيد رأس مال أحدهما عن الآخر، وذلك عند فقهاء الحنفية الذين يشترطون فيها المساواة بين الشركاء في رأس المال، فتخلف هذا الشرط يبطلها سواء أكان في ابتداء العقد أم في دوامه[3].

(٦) انقضاء موعد الشركة وانتهاء عملها: فعند الحنابلة وأحد الروايتين عن الأحناف أن الشركة مما يصح توقيتها وتحديد زمنها بوقت معين بحيث لا تبقى بعد انتهائه ولا تفسخ قبل مضيه. وعلى هذا فإنه يجوز أن تحدد للشركة مدة معينة يعتبرها الشركاء كافية لتحقيق الغرض من إنشائها، فإذا انتهت المدة المحددة فإن الشركة تنقضي بعدها. وحجتهم في ذلك أن الشركة تتضمن الوكالة والوكالة مما يصح توقيتها، كما يصح تعليقها على شرط معين، وإضافتها الى مدة معينة[4].

وذهب المالكية والشافعية والرواية الأخرى عند الأحناف الى أنه لا يجوز

---

(١) تكملة المجموع شرح المهذب للمطيعي، جـ ١٣، ص ٥٣٢.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ـ زين العابدين بن نجيم الحنفي ـ مطبعة دار الكتب العربية ١٣٣٤ هـ، جـ ٥، ص ١٩٠.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني، جـ ٦، ص ٧٨.

(٤) كشاف القناع للبهوتي، جـ ٣، ص ٣٨٥، وتكملة فتح القدير ـ شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده أفندي ـ المكتبة التجارية بمصر، جـ ٧، ص ٦٧.

توقيت الشركة بمدة معينة، لأنها عقد معاوضة يقع مطلقاً فيبطل بالتوقيت كالبيع، كما أن التوقيت ليس من مقتضى العقد ولا يحقق مصلحة للشركة، وأيضاً فإن التوقيت مفسد لشركة المضاربة، لأن العامل فيها يستحق البيع لأجل الربح، فإذا شرط ما ينفي مقتضاه فلا تصح، كما أنه إذا حدد للمضاربة وقتاً معيناً فإنه يحتمل ألا يروج في تلك المدة شيء من البضاعة فلا تتحقق الفائدة من عقدها[1].

ونحن نرى رجحان رأي القائلين بجواز توقيت الشركة بمدة معينة، لأن التوقيت يكون برضاء الشركاء واتفاقهم عليه في عقد الشركة فيدخل في عموم ما أمر الله من الوفاء به في قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[2]، كما أن التوقيت لا يخالف ما قررته الشريعة من أحكام في أمور المعاملات، وإنما يدخل في عداد الشروط التي يجب على المتعاقدين مراعاتها والعمل بها لقول الرسول ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا»[3].

وإذا انقضت الشركة بعد انتهاء موعدها المحدد لها أو عملها الذي قامت من أجله، فإنه يجوز استمرارها باتفاق الشركاء على تجديدها لمدة أخرى، وقد خلت عبارات الفقهاء من تفصيل القول في تجديد الشركة إلا أنه يفهم من كلامهم أنه إذا لم يتقاسم الشركاء المال بعد انتهاء المدة المحددة للشركة فإنها تبقى مستمرة، أما إذا تقاسموا المال فإن الشركة تنقضي ويحتاج استمرارها الى عقد جديد، كما إذا اقتسم الشريكان الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول، لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية عقد جديد[4].

وكما جاز للشركاء أن يحددوا وقتاً للشركة تنقضي عند انتهائه، فإنه يجوز لهم أن يضمنوا عقد الشركة الأول تجديدها تلقائياً لمدة سنة أو أكثر أو بمقدار المدة التي

---

(١) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني على متن خليل، المطبعة الأميرية ١٣٠٦ هـ، جـ ٦، ص ١٨٨.
(٢) سورة المائدة آية ١.
(٣) صحيح البخاري، جـ ٣، ص ١١٤.
(٤) الهداية شرح بداية المبتدىء للمرغيناني، جـ ٣، ص ١٥٣.

حددت لها، لأن اشتراط هذا لا يخالف نصوص الشرع فيكون جائزاً، كما أن الإسلام لا يمنع أي أسلوب يهدف الى تنمية موارد الفرد والجماعة طالما لا يتعارض مع قواعد الشريعة وأصولها[1].

(١) د. رشاد خليل في الشركات في الفقه الإسلامي، ص ٩٦.

الفصل الرابع عشر
الشركات في العصر الحديث وموقف الاسلام منها

(معناها، أنواعها، المعاملات التجارية في بورصات الأوراق المالية)

أولاً ـ معنى الشركة في القانون

الشركة في القانون شخص اعتباري ينشأ من عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة[1].

والشركة القانونية قد تكون شركة تجارية وقد تكون شركة مدنية، فالشركة التجارية هي التي تحترف القيام بالأعمال التجارية كعمليات الشراء لأجل البيع أو عمليات البنوك أوالنقل أو الصناعة. وأما الشركة المدنية فهي التي تحترف القيام بالأعمال المدنية كشراء وتقسيم العقارات أو استغلال المناجم أو الاستغلال الزراعي أو التعليم، وإذا كان للشركة نشاط مدني وآخر تجاري فالعبرة بالنشاط الرئيسي[2].

ثانياً ـ أنواع الشركات التجارية المعاصرة وموقف الإسلام منها

تتنوع الشركات التجارية المعاصرة المعتبرة قانوناً الى ستة أنواع هي:

(١) شركة التضامن.
(٢) شركة التوصية البسيطة.
(٣) شركة المحاصة.
(٤) شركة المساهمة.
(٥) شركة التوصية بالأسهم.
(٦) الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

---

(١) انظر المادة ٥٠٥ من القانون المدني المصري، والمادة ١ من نظام الشركات السعودي.

(٢) د. مصطفى كمال طه في القانون التجاري، ص ١٧٣ وما بعدها.

ويمكن رد هذه الأنواع الستة تبعاً لدرجة الرابطة التي تقوم بين الشركاء الى قسمين رئيسيين هما: شركات الأشخاص، وشركات الأموال، بالإضافة الى شركة تجمع بين شركات الأشخاص وشركات الأموال.

شركات الأشخاص:

تقوم شركات الأشخاص على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين الشركاء، وتترتب على ذلك النتائج الآتية:

(١) أن الغلط الواقع في شخص الشريك ينبني عليه بطلان عقد الشركة بطلاناً نسبياً.

(٢) أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته من غير رضاء باقي الشركاء، لأن المتصرف اليه قد لا يحظى بثقة الشركاء.

(٣) أن الشركة تنتهي بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو إعساره، أو إفلاسه، وذلك لأن الشركاء وثقوا بشخص معين، وقد لا تتعدى هذه الثقة الى ورثته أو ممثله القانوني.

وتشمل شركات الأشخاص: شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصة.

شركة التضامن:

وهي الشركة التي يكون فيها كل شريك مسؤولاً مسؤولية تضامنية وغير محدودة عن ديون الشركة لا في حدود حصته فحسب بل في أمواله الخاصة كذلك[١]. ويكتسب كل شريك فيها صفة التاجر. وتعنون الشركة باسم الشركاء أو باسم بعضهم، ويحكمهم عقد يبرم بينهم يحدد الغرض من الشركة، ومدتها، وأسماء الشركاء، ورأس مال كل شريك، والمأذون له بالإدارة، وتوزيع الربح والخسارة، وفرض أجر للقائم بالادارة أو منحه زيادة في الربح، وعلى الجملة فالمرجع بينهم الى العقد المحرر عند تأسيس الشركة.

---

(١) انظر المادة ١٦ من نظام الشركات السعودي.

حكمها شرعاً :

لما كان الشركاء مسؤولين عن جميع التزامات الشركة حتى بأموالهم الخاصة، وأنهم جميعاً متساوون في الحقوق والواجبات، كل بحسب نصيبه في رأس المال، فإن هذا النوع من الشركات ينطبق عليه معنى شركة العنان. ويلزم في الشركاء المتصرفين أن يكونوا أهلاً للتصرف، كما يلزم الإذن بالتصرف من جميع الشركاء لمن يتصرف. وقد علمنا أن شركة العنان جائزة بإجماع المسلمين فتكون شركة التضامن جائزة لا شبهة في صحتها.

شركة التوصية البسيطة :

تتكون شركة التوصية البسيطة من فريقين من الشركاء: شركاء متضامنين لهم نفس النظام القانوني الذي للشركات في شركة التضامن. أي يكونون مسؤولين مسؤولية تضامنية مطلقة عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة. ويكتسبون صفة التاجر، ولهم حق إدارة الشركة، وتعنون الشركة باسمهم أو باسم بعضهم. وشركاء موصين لا يسألون عن ديون الشركة إلا في حدود الحصة التي قدمها كل منهم. وشركاء موصين لا يسألون عن ديون الشركة إلا في حدود الحصة التي قدمها كل منهم، ولا يكتسبون صفة التاجر، وليس لهم الحق في إدارة الشركة، ولا تعنون الشركة باسمهم، ولكن لهم الحق في طلب البيانات حتى يقفوا على مركز الشركة، وتوزيع الأرباح والخسائر يكون على مقتضى العقد المحرر بينهم عند تأسيس الشركة، مع ملاحظة أن الفريق الموصى لا يتحمل من الخسارة إلا في حدود رأس ماله فقط[1].

حكمها شرعاً :

تدخل هذه الشركة في شركة العنان الجائزة بالإجماع فتكون جائزة شرعاً.

غاية ما يلاحظ في شركة التوصية البسيطة أن بعض الشركاء لا يتصرفون في شؤون الشركة، وليس ذلك بواجب كما قرره بعض الفقهاء، بل يصح تصرف

---

(١) راجع المادة ٣٦ وما بعدها من نظام الشركات السعودي.

بعض الشركاء دون بعض بشرط الإذن ممن لا يتصرف لمن يتصرف، كما هو الحال هنا، إذ يوجد ممن لا يتصرف إذن ضمني لمن يتصرف. ومع هذا فإن بعض فقهاء الشافعية يرون أنه إذا اشترط على بعض الشركاء عدم التصرف تكون الشركة فاسدة. بناء على أن هذا البعض من الشركاء مالك في الشركة بمقدار نصيبه من رأس المال ولا يصح منع المالك من التصرف في ملكه.

لكن لنا وقفة قصيرة نناقش فيها هذا البعض من فقهاء الشافعية فنقول لهم: يجب أن نلاحظ أن إباحة التصرف في الشركة وعدمه عند رجال الاقتصاد مرتبط بالكفاءة وعدمها، فإن الشركاء قد يعتقدون في هذا الشريك الكفاءة وحسن التصرف فيبيحون له التصرف، ولا يعتقدون في الشريك الآخر الكفاءة فلا يبيحون له التصرف. وقد ارتضى جميع الشركاء أن يباشر أعمال الشركة الفريق المتضامن اعتماداً على كفاءتهم، وحملوهم المسؤولية عن جميع التزامات الشركة حتى بأموالهم الخاصة، واقتنع الفريق الموصى بعدم التصرف نظير ابتعاده عن المخاطرة في المسؤولية وتحديد مسؤوليته بحدود رأس المال فقط، مع اطمئنانه على أن اعمال الشركة تسير على وجه مرض. ولا يضر الشركة من جهة صحتها شرعاً أن يمنع بعض الشركاء من التصرف، ما دام الشركاء قد أذنوا لمن يتصرف بمزاولة أعمال الشركة، واطمأنوا الى أن الشركاء الذين يباشرون الأعمال فيهم الكفاءة وأنهم موضع أمانة وثقة من الجميع.

هذا فضلاً عن أننا لو قسنا ما هنا على «المضاربة» لكان الحكم الجواز بطريق الأولى، إذ إن المضاربة (القراض) شركة بين طرفين أحدهما مالك المال ولا يباشر عملاً والآخر العامل ولا يملك شيئاً من رأس المال ويباشر جميع التصرفات في هذا المال، وقد حكم الفقهاء بصحة المضاربة بالإجماع. وإذا كان هذا النوع من الشركة (المضاربة) صحيحاً مع منع مالك جميع رأس المال من التصرف، أفلا تصح الشركة من باب أولى مع منع من يملك بعض رأس المال من التصرف وإباحة التصرف لباقي الشركاء الذين يطمئن الى حسن تصرفهم جميع الشركاء مع ملكهم بعض رأس المال[1].

---

(١) د. أحمد عثمان، في منهج الاسلام في المعاملات المالية، ص ١٨٢، ١٨٣.

ومن هذا يبين لنا أن شركة التوصية البسيطة ينطبق عليها شركة العنان فتكون جائزة ولا شبهة في صحتها وحلها.

شركة المحاصة:

هي شركة مؤقتة بين بعض الأفراد لإنجاز عملية معينة وبعد انتهائها تنتهي الشركة ويقتسمون الأرباح والخسائر على مقتضى العقد المحرر بينهم.

وهذه الشركة مستترة عن الغير، وليس لها اسم، ولا تتمتع بشخصية اعتبارية ـ ولا تخضع لاجراءات الشهر، ويقتصر أثرها على أطرافها كسائر العقود، ولا يعتد الغير بوجودها ولا يلتزم هذا الغير أو يكتسب الحقوق إلا في مواجهة من تعامل معه من الشركاء فقط[1]، ويكفي فيها ـ كما قلنا ـ تحرير عقد بالاتفاق بين المتعاقدين على الاشتراك في إنجاز الصفقة المرادة، ويكون رأس المال الذي تمول به العملية التي تقوم بها هذه الشركة من جميع الشركاء تارة ويكون من بعضهم تارة أخرى، وبعد تصفية العملية يقسم الربح والخسارة وتنتهي الشركة.

حكمها شرعاً:

إذا كان رأس مال هذه الشركة من جميع الشركاء سواء تساوت أنصبتهم فيه أم تفاوتت، فإنه ينطبق عليها شركة العنان الجائزة بالإجماع. أما اذا كان رأس مالها جميعه من بعض الشركاء فإن ذلك يكون من باب المضاربة (القراض) الجائزة أيضاً بالإجماع.

وجملة القول في الأنواع الثلاثة لشركات الأشخاص أنها ترجع غالباً الى شركة العنان الجائزة بالإجماع، أو الى شركة المضاربة في بعض الأحيان الجائزة كذلك بالإجماع. وعلى ذلك فيكون إنشاء هذه الأنواع الثلاثة من الشركات جائزاً شرعاً.

ب ـ شركات الأموال:

لا تقوم هذه الشركات على الاعتبار الشخصي بل على الاعتبار المالي، فلا

---

(١) المادة ٤٠ وما بعدها من نظام الشركات السعودي.

يعتد فيها بشخصية الشريك بل العبرة فيها بما يقدمه كل شريك من مال.

ولهذا فإن الغلط في شخص الشريك لا يعتبر غلطاً جوهرياً يبطل العقد، كما أنه يجوز للشريك التصرف في حصته دون حاجة الى موافقة الشركاء، وأخيراً فإن وفاة أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه لا يترتب عليه حل الشركة، وتسمى الحصص في رأس مال هذه الشركات بالأسهم، ويسمى الشركاء فيها بالمساهمين، وهؤلاء المساهمون ليسوا تجاراً ولا يسألون عن ديون الشركة إلا في حدود قيمة أسهمهم.

وتشمل شركات الأموال: شركة المساهمة، وشركة التوصية بالأسهم.

شركة المساهمة:

هي شركة يجزأ فيها رأس المال الى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول وتنتقل ملكيتها بالوفاة، ولا تضم إلا نوعاً واحداً من الشركاء المساهمين لا يسألون عن ديون الشركة إلا بقدر عدد الأسهم التي يمتلكونها، ويدير هذه الشركة مجلس إدارة يعينه المؤسسون الى أن تنعقد الجمعية العامة للمساهمين عقب تأسيس الشركة وبدء عملها، فتقوم باعتماد هذا المجلس أو تغييره أو تحدد عضوية الأعضاء حسب المدة والكيفية المقررة في عقد تأسيس الشركة[1].

حكم هذه الشركة شرعاً:

علمنا أن شخصية الشركاء لا تظهر في هذا النوع من الشركات، نظراً الى تفتت رأس المال وتوزيعه على عدد كبير من المساهمين، وقد أحاط القانون هذه الشركات بكثيرمن الضمانات، وأوجب تأليف مجلس لإدارة شؤون الشركة، وجعل مزاولة الأعمال الأخرى لموظفين أكفاء، ولا يستطيع أحد من الشركاء أن يستثمر ماله أكثر من الآخرين، فكل مساهم يساوي الآخر فيما أنتجه السهم، كثرت الأسهم أم قلّت، كما أوجب القانون أن يتولى حساب الشركة ذوو الخبرة والكفاءة، ويراجعه آخر العام متخصصون، وتعلن في الصحف نتيجة مراجعتهم

---

(١) راجع المادة ٤٨ وما بعدها من نظام الشركات السعودي.

حتى يستطيع أن يطلع عليها كل مساهم، وتناقش في الجمعية العامة للمساهمين.

فإذا كانت الشركة المساهمة قد أسست لمزاولة أعمال تجارية أو صناعية لا تتصل بالرباوالكسب الحرام، بعيدة عن الظلم والاستغلال، تتوفر معها جميع الضمانات لاطمئنان كل ذي حق على حقه، خالية من الشقاق والتنازع، تحت رقابة القانون وحراسته، إذا كانت قد أسست لمثل هذه المعاملة العادلة كانت شركة صحيحة جائزاً تأسيسها شرعاً لا غبار عليها.

شبهات على شركة المساهمة ودفعها[1]:

يورد بعض الناس شبهات على شركة المساهمة ويحكمون ببطلانها بناء على ما توهموه من هذه الشبهات، وسنذكر كل شبهة مقرونة بدفعها، ثم نذكر دفعاً عاماً لجميع الشبهات.

(١) **الشبهة الأولى**: الشركة في الإسلام عقد بين شخصين فأكثر، وشركة المساهمة لا وجود فيها للعنصر الشخصي مطلقاً، فهي شركة بين الأموال لا بين الأشخاص.

ولدفع هذه الشبهة نقرر أن الواقع يخالف ذلك. فإن أشخاصاً قد اجتمعوا وتفاهموا في تكوين الشركة ووضعوا لها نظاماً يشتمل على بيان نوعها ومدتها والعمل الذي تمارسه ومقدار رأس مالها وتقسيمه على أسهم وكيفية تصريف شؤونها وحرروا بذلك عقداً يسمى عقد تأسيس الشركة ووقعه كل منهم ودفعوا من رأس مال الشركة مقداراً لا يقل عن حد معين طبقاً لنص قانون الشركات واستصدروا المرسوم بانشاء هذه الشركة، ثم أعلنوا عنها للناس، وأباحوا غالباً لكل من يرغب أن يكتتب في أسهمها المطروحة للاكتتاب ليكون شريكاً معهم بمقدار ما يملك من أسهم، فكل مساهم شريك ومالك لجزء من رأس المال بمقدار أسهمه، إلا أن شخصية الشركاء هنا لا تظهر، لأن نظام هذه الشركة قائم على أن يباشر أعمالها وشؤون ادارتها غير الشركاء نيابة عنهم لما لذلك من فوائد سنبينها - إن شاء الله - حالاً في دفعنا للشبهة الثالثة.

---

(١) راجع في هذا د. أحمد عثمان، في منهج الإسلام في المعاملات المالية، ص ١٨٨ وما بعدها.

(٢) **الشبهة الثانية**: عقد هذه الشركة لا يشتمل على الإيجاب والقبول، لأن المؤسسين للشركة يتفقون على الاشتراك وشروطه ولا يشتركون بالفعل، ولهذا فإن لكل منهم الحق في أن يترك الاكتتاب في أسهم الشركة.

ولدفع هذه الشبهة نقول: إن الواقع يخالفها أيضاً، فالثابت أن المؤسسين للشركة يبحثون كل ما يحقق الاشتراك ويضعون نظامه ويوقعون عليه بالقبول ويدفع كل منهم نصيبه في رأس المال بحيث لا يقل مجموع ما يدفعون عن حد معين من رأس مال الشركة ثم يعلنون ـ بعد استصدار المرسوم ـ عن الشركة للاكتتاب في أسهمها، فالاتفاق الحاصل بينهم والذي حرروه ووقع كل منهم عليه يحقق الإيجاب والقبول تحقيقاً تاماً، ولا يلزم لفظ شاركتك ولا لفظ قبلت، فهل بعد تحرير العقد المشتمل على نظام الشركة وكيفية إدارتها وجميع ما يتصل بسيرها ورأس مالها وهدفها ومدتها والتوقيع على هذا العقد يقال: إن عقد هذه الشركة لا يشتمل على الإيجاب والقبول (الصيغة) ثم كيف يكون عقداً وهو لا يشتمل على الإيجاب والقبول؟ ألا إن هذا جمود ما بعده جمود.

(٣) **الشبهة الثالثة**: شركة المساهمة لاحق فيها لأي شريك مهما بلغت أسهمه أن يباشر شيئاً من أعمال الشركة بوصفه شريكاً، مع أن الشركة شرعاً إنما يباشر شؤونها الشركاء بوصفهم شركاء.

ولدفع هذه الشبهة نبين أن شركة المساهمة، ولنمثلها بشركة غزل ونسيج تتنوع الأعمال فيها الى أعمال فنية، وأعمال إدارية، وأعمال أخرى غيرهما. فأما الأعمال الفنية كالغزل والنسيج وصيانة الآلات وتهيئتها للعمل فيباشرها عمال فنيون بأجرهم. وأما الأعمال الإدارية فيباشرها مدير الشركة ومجلس الإدارة الذي يباشر مع المدير بعض الشؤون الإدارية ويشرف على أعماله، وهذا المجلس تنتخبه الجمعية العامة من بين المساهمين في الشركة. وأما الأعمال غير الفنية والإدارة كالكتابة والمحاسبة والنظافة والحراسة والخدمة العامة كالحجاب والسعاة وغير ذلك فيباشرها موظفون ومستخدمون بمرتباتهم.

وهكذا فإننا نجد هنا أن المدير ومجلس الإدارة للشؤون الإدارية يباشرون

أعمالهم بالنيابة عن المساهمين، ولا مانع شرعاً من الوكالة في الشركة متى اتفق الشركاء على ذلك، والمعول عليه لصحة الوكالة في الشركة رضاء الشركاء بها، ورضا الشركاء حاصل في هذه الشركة بالاتفاق على عقد تأسيسها المشتمل على نظام سيرها ومن يباشر شؤونها، وحاصل باكتتاب المساهمين فإنه يتضمن الرضا بنظام الشركة وقانونها.

وخلاصة القول: أن الأعمال الإدارية يباشرها المدير ومجلس الإدارة بصفتهم وكلاء عن الشركاء، وقد رضي جميع المساهمين في الشركة بهذه الوكالة فلا يوجد مانع شرعي من صحتها.

وإنما وضع نظام شركة المساهمة على أن لا يباشر أي شريك شيئاً من أعمال الشركة بوصفه شريكاً، صيانة لحقوق جميع الشركاء، فإن عددهم غالباً كثير، ومنهم من يملك سهماً أو سهمين، ولو أبيح للشريك أن يباشر أعمالها بوصفه شريكاً أي ذا سلطة في الشركة، لم نأمن أن يستغل بعض الشركاء الشركة لصالحه، فمنعاً لذلك وضع نظام الشركة على أن يتولى أعمالها غير الشركاء، وبجانب ذلك يوجد مجلس إدارة منتخب من بين المساهمين للإشراف على جميع شؤون الشركة، بالإضافة الى الجمعية العامة التي تناقش أعمال الشركة سنوياً، كل ذلك لصيانة أموال الشركة والمحافظة على جميع حقوق المشتركين وإيتاء كل ذي حق حقه.

(٤) **الشبهة الرابعة**: المسؤولية في شركة المساهمة محدودة في رأس المال فلا يتحمل المساهم من الخسارة أكثر من مقدار أسهمه، مع أن الخسارة في الشركة الشرعية يتحملها الشركاء برأس مال الشركة وبأموالهم الخاصة.

ولدفع هذه الشبهة نوضح أن نظام شركة المساهمة جعل مسؤولية الشركاء في حدود رأس المال، لأن كثيراً من الناس أحجموا عن شركات التضامن خوفاً من إغلاق بيوتهم عند حصول خسارة تضيع فيها أموالهم الخاصة بعد ضياع أموالهم في الشركة، فأقر الحاكم العام هذا النظام وحفظ للشركاء أموالهم الخاصة وضمن لحياتهم الاستقرار، وفي ذلك تحقيق لمصلحة عامة، وطاعة الحاكم العام في مثل هذه الأحوال واجبة.

دفع عام لجميع الشبهات:

ونستطيع دفع هذه الشبهات وأمثالها دفعاً عاماً فنقول: قرر أكثر العلماء أن الأصل في الأشياء الإباحة، ويستتبع ذلك قاعدة هي أن معاملات الناس مباحة إلا ما ورد فيه دليل بخصوصه يقتضي غير ذلك.

ولا ريب أن شركات المساهمة لم تكن على عهد الأئمة المجتهدين السابقين. وإنما هي معاملة حديثة، ابتكرتها عقول رجال الاقتصاد في العصور الحديثة، ووضعوا لها نظاماً تتوفر فيه جميع الضمانات للمحافظة على حقوق جميع الشركاء، وليس في هذه الشركة ظلم ولا استغلال لحاجة المحتاجين، وهي واقعة تحت رقابة دقيقة من الحكومة صوناً لحقوق المساهمين، وللناس فيها حاجة، وقد تعارفوا عليها، ولا يترتب عليها ما يترتب على ما حظره الشارع مما يؤدي الى تنازع وشقاق، ولم يوجد من كتاب الله ولا من سنّة رسوله ﷺ نص يحرّمها، والمصلحة داعية إليها، فتكون شركة صحيحة شرعاً، وكل ما ورد عليها من الشبه وهم باطل لا يلتفت اليه.

شركة التوصية بالأسهم:

تشبه شركة التوصية البسيطة في أنها تتكون من فريقين من الشركاء: شركاء متضامنون مسؤولون مسؤولية مطلقة وتضامنية عن ديون الشركة، ويعتبرون تجاراً ويعهد إليهم بإدارة الشركة وتعنون الشركة باسمهم أو باسم من أسمائهم، ولا تنتقل حصصهم بالوفاة الى الورثة ولا يجوز التنازل عنها للغير. وشركاء موصون مسؤولون في حدود حصصهم، ولا يكتسبون صفة التاجر وليس لهم الحق في إدارة الشركة، ولا تعنون الشركة باسمهم ولا باسم من أسمائهم، ولكن تختلف هذه الشركة عن شركة التوصية البسيطة في أن حصص الموصين فيها تمثل بأسهم قابلة للتداول فيجوز التنازل عنها للغير، وتنتقل ملكيتها بالوفاة، وذلك لأن شخصية الموصي لا وزن لها ولا اعتبار في شركة التوصية بالأسهم على عكس الحال في شركة التوصية البيسطة التي لا يجوز فيها التنازل عن الحصة وتنحل بوفاة الموصي لما لشخصيته من اعتبار لدى الشركاء المتضامنين.

ولا تختلف حقوق الشركاء المتضامنين وواجباتهم في شركة التوصية بالأسهم عنها في شركة التوصية البسيطة. إلا أنه في شركة التوصية بالأسهم يتدخل القانون وتزداد الرقابة الحكومية حفظاً لحق المساهمين ومنعاً للتحايل عليهم لكثرة عددهم مع قلة أنصبتهم، ويوزع الربح حسب رأس المال وللشركاء المتضامنين أجر عملهم مع ربح أسهمهم أما الخسارة فيتحمل منها الشركاء الموصون بمقدار أسهمهم، ويتحمل باقي الخسارة الشركاء المتضامنون بأسهمهم وأموالهم الخاصة[1].

حكم هذه الشركة شرعاً:

لا تختلف شركة التوصية بالأسهم عن شركة التوصية البسيطة إلا من حيث أن الشركاء في شركة التوصية بالأسهم مساهمون، إذ يطرح ما بقي من رأس المال بعد أنصبة الشركاء المتضامنين عليهم للاكتتاب في أسهمه.

وإذا كانت شركة التوصية البسيطة جائزة شرعاً كما قدمنا فإن شركة التوصية بالأسهم جائزة شرعاً من باب أولى، إذ أن حصة المساهمين تجعل حق الحكومة في الرقابة على هذه الشركة أكثر من الرقابة على شركة التوصية البسيطة، وذلك للمحافظة على حقوق المساهمين لكثرتهم مع قلة أنصبتهم، لأن القانون يفرض لكل سهم حقه، ويتدخل للمحافظة عليه، فهي أولى بالجواز متى كانت بعيدة عن الظلم والاستغلال والربا والكسب الحرام.

جـ - شركة الأشخاص والأموال
الشركة ذات المسؤولية المحدودة:

هذه الشركة مزيج من شركات الأشخاص وشركات الأموال، لأنها تشبه شركات الأشخاص من ناحية أن عدد الشركاء فيها لا يجوز أن يزيد عن خمسين شريكاً، وأنه لا يجوز تأسيسها عن طريق الاكتتاب العام، وأنه لا يجوز لها إصدار أسهم أو سندات قابلة للتداول، وأن انتقال حصص الشركاء فيها يكون خاضعاً

---

(١) راجع المواد من ١٤٩ - ١٥٦ من نظام الشركات السعودي.

لاسترداد الشركاء. وتشبه شركات الأموال فيما يتعلق بتأسيسها، وإدارتها، وتحديد مسؤولية الشركاء فيها، وانتقال حصة كل شريك الى ورثته.

وتتكون هذه الشركة من شريكين على الأقل[1]، ولا يزيدون عن خمسين شريكاً كما قلنا، ولا يقل رأس مالها عن خمسمائة ألف ريال سعودي[2]، ويقسم رأسمالها الى حصص متساوية القيمة ولا يجوز أن تكون هذه الحصص ممثلة في صكوك قابلة للتداول، وتكون الحصة غير قابلة للتجزئة، ومسؤولية الشركاء في هذه الشركة محدودة في رأس مال الشركة لا تتعداه إلى أملاكهم الخاصة.

وتشبه هذه الشركة الى حد كبير شركة التضامن إلا أن الفارق الجوهري بينهما هو أن مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة هنا محدودة بقدر حصصهم في رأس المال ولا يسألون عن هذه الديون في أموالهم الخاصة وذلك بخلاف شركة التضامن.

ومن هنا فقد أوجد القانون الشركات ذات المسؤولية المحدودة لتحل محل شركات التضامن، وذلك لتشجيع الأفراد على إنشاء مؤسسات برؤوس أموال متوسطة بعد إحجام الكثيرين عن إنشاء شركات التضامن لخطرها في عدم تحديد المسؤولية.

ويوزع الربح والخسارة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة حسب عقد تأسيس هذه الشركة[3].

حكم هذه الشركة شرعاً:

ترجع الشركة ذات المسؤولية المحدودة الى شركة التضامن التي تدخل في شركة العنان الجائزة شرعاً بالإجماع فتكون الشركة ذات المسؤولية المحدودة جائزة أيضاً شرعاً.

---

(١) هذا في نظام الشركات السعودي (م ١٥٧)، أما في مصر فلا يقل عدد الشركاء في هذه الشركة عن ثلاثة شركاء.

(٢) راجع المادة ١٥٨ من نظام الشركات السعودي، وفي مصر لا يقل رأس مال الشركة عن ١٠٠٠ جنية ولا تقل حصة كل شريك عن عشرين جنيهاً.

(٣) راجع المواد من ١٥٧ ـ ١٨٠ من نظام الشركات السعودي.

وإذا كانت الخسارة تقف في هذه الشركة عند حد رأس المال نظراً لأن الحاكم العام رأى أن كثيراً من الناس يحجمون عن شركة التضامن خوفاً من ضياع أموالهم الخاصة بعد رؤوس أموالهم في الشركة عند حصول الخسارة فإن ذلك لا يمنع جوازها شرعاً، لأن فيها تخفيفاً للشرع عند حدوث الخسارة وذلك بحفظ أموال الشركاء الخاصة حتى لا تغلق بيوتهم وتبدد جميع ثرواتهم، وزيادة في الاحتياط فقد أوجب القانون أن يعلن مؤسسو الشركة عن نوع الشركة حتى يكون الناس على بينة من الأمر.

فهذا النوع من الشركات من ابتكار رجال الاقتصاد المحنكين، وما دام لا يمارس فيه عمليات الإقراض والاقتراض بالربا فلا مانع شرعاً منه[1].

أنواع أخرى من الشركات السعودية:

نصت المادة ٢/أ من نظام الشركات السعودي على نوعين آخرين من الشركات هما: الشركة ذات رأس المال القابل للتغيير، والشركة التعاونية. وإن كان كل منهما لا يخرج عن الأنواع السابقة، وفيما يلي كلمة موجزة عن كل منهما:

الشركة ذات رأس المال القابل للتغيير[2]:

تنص المادة ٨١ من نظام الشركات السعودي على أن: «لكل شركة أن تنص في عقدها أو في نظامها على أن رأس مالها قابل للزيادة بمدفوعات جديدة من الشركاء أو بانضمام شركاء جدد، أو قابل للتخفيض باسترداد الشركاء حصصهم في رأس المال. ويجب في هذه الحالة شهر هذا النص بطرق الشهر المقررة لنوع الشركة».

وهكذا فيجوز لكل شركة بناء على هذا النص أن يكون رأس مالها قابلاً للتغيير.

---

(١) د. أحمد عثمان في منهج الإسلام في المعاملات المالية، ص ١٩٤.

(٢) خصص لهذا النوع من الشركات الباب الثامن من نظام الشركات السعودي من المادة ١٨١ - ١٨٨.

وعلى ذلك فإن الشركة المنصوص فيها على أن رأس مالها قابل للتغيير، لا تنقضي أياً كان نوعها بانسحاب أحد الشركاء أو فصله أو وفاته أو الحجر عليه أو بشهر إفلاسه أو إعساره. بل تستمر قائمة بين بقية الشركاء، ما لم ينص عقد الشركة أو نظامها على خلاف ذلك (م١٨٨ من نظام الشركات السعودي).

الشركة التعاونية[١]:

تنص المادة ١٨٩ من نظام الشركات السعودي على أنه: «يجوز أن تؤسس شركة المساهمة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة وفقاً للمبادىء التعاونية إذا كانت تهدف لصالح جميع الشركاء وبجهودهم المشتركة الى الأغراض الآتية:

(١) تخفيض ثمن تكلفة أو ثمن شراء أو ثمن بيع بعض المنتجات والخدمات وذلك بمزاولة الشركة أعمال المنتجين أو الوسطاء.

(٢) تحسين صنف المنتجات أو مستوى الخدمات التي تقدمها الشركة الى الشركاء أو التي يقدمها هؤلاء الى المستهلكين».

كما يجوز أن تصدر أنظمة خاصة بنوع أو أكثر من الشركات التعاونية (م١٩٠ من هذا النظام).

وتكون الشركة التعاونية ذات رأس مال قابل للتغيير، بشرط أن لا يهبط رأس المال بسبب استرداد حصص الشركاء عن أعلى مبلغ وصل اليه بعد تأسيس الشركة (م ١٩١).

ويقسم رأس مال الشركة التعاونية الى حصص أو أسهم اسمية متساوية القيمة وغير قابلة للتجزئة في مواجهة الشركة. ولا تقل قيمة الحصة أو السهم عن عشرة ريالات سعودية ولا تزيد عن خمسين ريالاً سعودياً ولا يقل المدفوع من قيمة الحصة أو السهم عند تأسيس الشركة عن الربع ويجب أن يسدد الباقي في ميعاد لا يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ التأسيس النهائي للشركة (م ١٩٣).

ويجوز أن يصرح عقد الشركة أو نظامها لغير الشركاء بالاستفادة من

---

(١) أفرد لهذه الشركة الباب التاسع من نظام الشركات السعودي من المادة ١٨٩ ـ ٢٠٩.

نشاطها، ولكن يجب في هذه الحالة أن تقبل الشركة شركاء فيها هؤلاء الذين صرحت لهم بالاستفادة من نشاطها أو الذين أفادت هي من خدماتهم متى طلبوا ذلك واستوفوا الشروط المنصوص عليها في عقد الشركة أو في نظامها (م ١٩٤).

وتكون لجميع الشركاء في الشركة التعاونية حقوق متساوية، ولا تجوز التفرقة بينهم بسبب تاريخ انضمامهم اليها (م ١٩٥).

كما يجوز للشركات التعاونية خدمة لمصالحها المشتركة أن تكون اتحاداً تعاونياً أو أكثر وفقاً لأحكام الشركات التعاونية (م ١٩٦).

وتستفيد الشركات التعاونية من جميع المزايا المقررة للجمعيات التعاونية ولا تخضع شركة المساهمة التعاونية لشرط استصدار مرسوم ملكي بتأسيسها، كما لا تخضع الشركة التعاونية ذات المسؤولية المحدودة للحد الأقصى لعدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، ولكن يلزم لتأسيس الشركة التعاونية أيا كان نوعها استصدار ترخيص بذلك من وزير التجارة وفقاً للأوضاع التي يحددها، ويرفق بطلب الترخيص صورة من عقد الشركة ومن نظامها، وبمجرد صدور قرار وزير التجارة بتأسيسها تعتبر الشركة مؤسسة تأسيساً صحيحاً[1].

وبهذه الشركة يتحقق وجه من وجوه التعاون على البر والتقوى.

ثالثاً ـ المعاملات التجارية في بورصات الأوراق المالية[2]

مما يتعلق بالشركات التجارية في العصر الحديث المعاملات التجارية في بورصات الأوراق المالية، ومن ثم كان من الواجب علينا اتماماً للفائدة، أن نعطي فكرة ولو موجزة عن الأوراق المالية، وسوق هذه الأوراق، والحكم الشرعي لهذه المعاملات، وذلك فيما يلي:

الأوراق المالية:

تشمل الأوراق المالية الأسهم والسندات.

---

(١) راجع المواد ١٩٧، ١٩٨، ١٩٩ من نظام الشركات السعودي.

(٢) د. أحمد عثمان، في منهج الإسلام في المعاملات المالية، ص ١٩٨ وما بعدها.

والأسهم حقوق ملكية جزئية لرأس مال كبير للشركات المساهمة أو التوصية بالأسهم أو البنوك وكل سهم جزء من أجزاء متساوية لرأس المال.

والسندات تعهدات مكتوبة من البنك أو الشركة أو الحكومة لحاملها بسداد مبلغ مقدر من قرض في تاريخ معين نظير فائدة مقدرة.

وبين السهم والسند فروق أهمها:

(١) أن السهم يمثل جزءاً من رأس مال الشركة أو البنك، أما السند فيمثل جزءاً من قرض على البنك أو الشركة أو الحكومة.

(٢) أن السهم ينتج جزءاً من ربح الشركة أو البنك يزيد وينقص تبعاً لنجاح الشركة أو البنك وزيادة ربحها أو نقصه ويتحمل قسطه من الخسارة، أما السند فينتج فائدة محدودة عن القرض الذي يمثله لا تزيد ولا تنقص.

(٣) أن حامل السهم يعتبر مالكاً للشركة أو البنك بقيمة السهم، اما حامل السند يعتبر مقرضاً للشركة أو البنك أو الحكومة.

(٤) أن السند له وقت محدود يسدد فيه، أما السهم فلا يسدد إلا عند تصفية الشركة أو البنك.

ولكل من السهم والسند قيمة اسمية، وهي قيمته المقدرة عند إصداره، وقيمة سوقية تتحدد في سوق الأوراق المالية، وكل منها قابل للتعامل والتداول بين الأفراد كسائر السلع، وذلك للتشجيع على استثمار الأموال في الأوراق المالية.

سوق الأوراق المالية:

تنظم حكومة كل دولة سوقاً لتداول الأوراق المالية من أسهم الشركات والبنوك والسندات، وتسمى «**بورصة الأوراق المالية**»[١]. ويوجد بكل سوق مندوب للحكومة للإشراف على عملياتها ومنع التلاعب فيها، ويتم في كل سوق إعلان أسعار فتح السوق وأسعار قفل السوق كل يوم للأوراق التي حصل التعامل عليها، وسعر الفتح يتحدد بسعر قفل اليوم السابق ثم يرتفع السعر أو ينخفض

---

(١) يوجد في مصر سوق في القاهرة وآخر في الاسكندرية.

تبعاً للعرض والطلب، ويكون سعر القفل عند انتهاء عمليات اليوم.

ولا يجوز التعامل على أوراق شركة قبل مرور عامين على تأسيسها[1] لتستطيع أن تحدد لها مركزاً ثابتاً.

وتتأثر الأسعار تبعاً لزيادة العرض والطلب، كما تتأثر بالحالة السياسية للبلد، ومركزه المالي، ونجاح الشركة، ومقدار الربح الحقيقي للأسهم والفائدة الحقيقية للسندات.

ويقوم بالعمل في البورصة سماسرة ومساعدون لهم، وتعلن الأسعار يومياً في الصحف.

الحكم الشرعي للمعاملات التجارية في بورصات الأوراق المالية:

ترجع المعاملات التجارية في بورصات الأوراق المالية الى بيع وشراء الأوراق المالية وشرائها ويحل مشتري أسهم الشركات والبنوك محل المالك الذي باعه هذه الأسهم كما يحل مشتري السند محل مالكه الذي باعه إياه.

وقد علمنا أن تأسيس هذه الشركات جائز شرعاً، ما دامت لا تمارس الكسب الحرام كالربا، فيكون بيع أسهمها وشراؤها جائزين.

أما بيع أسهعم البنوك وشراؤها، فيتوقف الحكم فيهما على تعامل هذه البنوك بالربا أو عدم تعاملها به، فإن كانت لا تتعامل بالربا فهما مباحان شرعاً وإلا فهما حرام.

وأما السندات بكافة أنواعها، فبيعها وشراؤها حرام، لأنها وثائق قرض بفائدة، والقرض بفائدة ربا محرم شرعاً.

---

(١) راجع المادة ١٠٠ من نظام الشركات السعودي.

الفصل الخامس عشر
الإفلاس
(المفلس في الفقه الإسلامي، الإفلاس في القانون)

أولاً ـ المفلس في الفقه الإسلامي

المفلس في اللغة هو الذي لا يملك مالاً ولا يملك ما يدفع به حاجته وبلغ به الفقر إلى الحالة التي يقال عنه فيها ليس معه فلس[1].

وهو في اصطلاح الفقهاء من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله[2]. وسموه مفلساً وإن كان ذا مال لأن ماله مستحق للغرماء، فكأنه معدوم ولا وجود له.

الحجر على المفلس وبيع ماله:

من له مال ولكنه لا يفي بديونه الحالَّة، فإنه يجب على الحاكم أن يحجر عليه متى طلب الغرماء أو بعضهم ذلك منه، حتى لا يضر بهم. وله أن يبيع ماله إذا امتنع عن بيعه، ويقع بيعه صحيحاً، لأنه يقوم مقامه. والأصل في هذا ما رواه سعيد بن منصور وأبو داود وعبد الرزاق من حديث عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال: «كان معاذ بن جبل شاباً سخياً وكان لا يمسك شيئاً، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله في الدين، فأتى النبي ﷺ فكلمه ليكلم غرماءه، فلو تركوا لأحد لتركوا لمعاذ لأجل رسول الله ﷺ، فباع رسول الله ﷺ لهم ما له حتى قام معاذ بغير شيء»[3].

---

(١) القاموس المحيط للفيروز آبادي، جـ ٢، فصل الفاء ـ باب السين، ص ٢٤٦.

(٢) المغنى لابن قدامة، جـ ٤، ص ٤٥٢.

(٣) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٧٧. وظاهر الحديث أن ما له كان مستغرقاً بالدين، =

ومتى تم الحجر عليه فإن تصرفه لا ينفذ في أعيان ماله، لأن هذا هو مقتضى الحجر، وهو قول مالك وأظهر قولي الشافعي.

ويقسم المال بالحصص على الغرماء الحاضرين الطالبين الذين حلت آجال حقوقهم فقط، لا يدخل فيهم حاضر لا يطلب ولا غائب لم يوكل، ولا حاضر أو غائب لم يحل أجل حقه طلب أو لم يطلب، وهذا ما ذهب اليه أحمد وهو أصح قولي الشافعي. وعند مالك يحل الدين بالحجر إذا كان مؤجلاً.

أما الميت المفلس فإنه يقضي لكلٍ من حضر أو غاب، طلب أو لم يطلب، ولكل ذي دين سواء أكان الدين حالاً أم مؤجلاً. ويقدم حق الله كالزكاة والكفارات على حق العباد، لأن دين الله أحق بالقضاء.

وذهب أبو حنيفة الى أنه لا يجوز الحجر على المدين ولا بيع ماله، بل يحبسه الحاكم حتى يقضي، والرأي الأول أرجح لموافقته الحديث.

الرجل يجد ماله عند المفلس[1]:

إذا وجد الرجل ماله عند المفلس فله عدة صور نذكرها فيما يلي:

(١) من وجد ماله بعينه عند المفلس فإنه أحق به من سائر الغرماء، لقول الرسول ﷺ: «**من أدرك ماله بعينه[2] عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره**» متفق عليه[3].

(٢) إذا تغير المال بالزيادة أو النقص فإن صاحبه لا يكون أولى به، بل يكون أسوة الغرماء، ؛ أي مثلهم.

(٣) إذا بيع المال وقبض بعض الثمن فإنه يكون أسوة الغرماء، وليس له حق في

= ويلحق به من لم يستغرق ما له في الحجر والبيع عنه، لأنه قد حصل المقتضى لذلك وهو عدم المسارعة بقضاء الدين.

(١) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٤٠٧.

(٢) لم يتغير بزيادة أو نقصان.

(٣) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٧٣.

استرجاع المبيع عند الجمهور. والراجح من قولي الشافعي أن البائع أولى به.

(٤) اذا مات المشتري ولم يكن البائع قبض الثمن، ثم وجد البائع ما باعه فهو أولى به للحديث المتقدم، ولأنه لا فرق بين الموت والإفلاس ولقول أبي هريرة: «لأقضين فيكم بقضاء رسول الله ﷺ: من أفلس أو مات فوجد رجل متاعه بعينه فهو أحق»[١]. وهذا عند الشافعي.

لا حجر على معسر:

إنما يكون الحجر على المفلس في حالة ما إذا لم يتبين إعساره، فإن تبين إعساره لا يحبس ولا يحجر عليه ولا يلازمه الغرماء، بل ينظر إلى ميسرة لقول الله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة﴾[٢]. ولما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فأفلس، فقال رسول الله ﷺ: «تصدقوا عليه» فتصدق الناس عليه، ولم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: «خذوا ما وجدتم. وليس لكم إلا ذلك»[٣] رواه مسلم.

يترك للمفلس ما يقوم به معاشه[٤]

إذا باع الحاكم مال المفلس من أجل الغرماء فيجب أن يترك له ما يقوم به معاشه من مسكن فلا تباع داره[٥] التي لا غنى له عنها. ويترك له من المال ما يستأجر به خادماً يصلح لخدمة مثله، وإن كان تاجراً يترك له ما يتجر به، وإن كان محترفاً يترك له آلة الحرفة، ويجب له ولمن تلزمه نفقتهم أدنى نفقة مثلهم من الطعام والكسوة.

---

(١) المرجع السابق في الموضع المذكور نفسه. وهذا الحديث صححه الحاكم، وضعفه أبو داود، وضعف أيضاً هذه الزيادة في ذكر الموت.

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٠.

(٣) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٧٧.

(٤) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٤٠٨، والمغنى لابن قدامة، جـ ٤، ص ٤٩٠ وما بعدها.

(٥) هذا مذهب أبي حنيفة وأحمد، وذهب الشافعي ومالك الى أن داره تباع في هذه الحالة.

مماطلة القادر على الوفاء:

القادر على الوفاء إن ماطل ولم يف بالدين الذي حل أجله يعتبر مماطلا، لقول الرسول ﷺ: «مطل الغنى ظلم»[1]، وبهذا الحديث استدل جمهور الفقهاء على أن المطل مع الغنى كبيرة. ويجب على الحاكم أن يأمره بالوفاء، فإن أبي حبسه متى طلب الدائن ذلك، لقول الرسول ﷺ: «ليّ[2] الواجد يحل عرضه[3] وعقوبته[4]»[5].

ثانياً ـ الإفلاس في القانون[6]

أ ـ الافلاس:

الإفلاس نظام قاصر على التجار وحدهم وينظمه القانون التجاري، ويفترض توقف المدين التاجر عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها، بغض النظر عما إذا كان المدين موسراً أو معسراً، كثرت أمواله أو قلّت. وقوام نظام الإفلاس تصفية أموال المدين تصفية جماعية وتوزيع الثمن الناتج منها على الدائنين كل بنسبة دينه تحقيقاً للمساواة بين الدائنين.

وعلى ذلك فالإفلاس نظام جماعي لتصفية أموال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية، ولو كانت أمواله تزيد عن ديونه، ويشهر الافلاس بمقتضى حكم تصدره المحكمة المختصة.

ويترتب على شهر الإفلاس آثار تتعلق بشخص المدين من جهة، وبأمواله من جهة أخرى، فضلاً عن الآثار التي تتعلق بالدائنين. فأما عن الآثار التي تتعلق بشخصية المدين، فيجوز تقييد حريته الشخصية، ويجوز تقرير إعانة له ولعائلته من

---

(١) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٨٧.
(٢) ليّ: مطل.
(٣) عَرْضَه: شكواه، وقيل عِرْضَه بكسر العين أي يحل القول في عرضه بالاغلاظ.
(٤) عقوبته: حبسه.
(٥) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٧٦.
(٦) د. مصطفى كمال طه في القانون التجاري، ص ٣٠٥ وما بعدها.

أموال التفليسة، ويسقط عن المفلس بعض الحقوق المدنية والسياسية، ولا سبيل أمامه لاستعادة هذه الحقوق إلا باتباع إجراءات رد الاعتبار. وقد يتعرض المفلس للعقوبات الجنائية في حالة الإفلاس بالتقصير أو بالتدليس. وأما عن الآثار التي تتعلق بأموال المدين فهي غلّ يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها، كما أن تصرفاته التي أبرمها في الفترة الواقعة بين تاريخ وقوفه عن الدفع وتاريخ شهر الإفلاس، وهي المسماة بفترة الريبة، تكون باطلة وجوباً أو جوازاً بحسب الأحوال.

أما فيما يتعلق بالدائنين فإنه يترتب على حكم شهر الإفلاس انتظام هؤلاء الدائنين في هيئة يمثلها السنديك[1] تسمى بجماعة الدائنين. وتتألف هذه الجماعة بوجه خاص من الدائنين العاديين الذين يوقف حقهم في اتخاذ الاجراءات الفردية ضد المدين، تحقيقاً للمساواة بينهم، حتى لا يتسابقون في مقاضاته والتنفيذ على أمواله، فيتقدم بعضهم على بعض بغير وجه حق.

وتفتح بعد صدور حكم شهر الإفلاس إجراءات تمهيدية، تهدف الى تحديد أصول ذمة المفلس وخصومها، حتى يتسنى للدائنين اتخاذ الحل المناسب الذي ينتهي به الافلاس. ويتولى السنديك هذه الاجراءات تحت إشراف مأمور التفليسة الذي تختاره المحكمة التي شهرت الإفلاس من بين قضاتها لهذا الغرض.

وبعد الفراغ من الاجراءات التمهيدية يتخذ الدائنون أحد حلول أربعة تنتهي بها التفليسة:

(١) فإما أن يمنح المفلس صلحاً بسيطاً يضعه على رأس تجارته مع منحه مزايا معينة للوفاء بديونه، وهذا الصلح البسيط عبارة عن عقد يبرم بين المفلس وجماعة الدائنين بموافقة أغلبية الدائنين وتصديق المحكمة، وبمقتضاه يستعيد المفلس إدارة أمواله والتصرف فيها على أن يتعهد بأن يدفع في آجال معينة ديونه كلها أو بعضها. ففيه يمنح المفلس آجالاً للوفاء بديونه أو حط جزء منها، والغالب أن يتضمن الأمرين معاً فيمهل المفلس في دفع ديونه ويعفى

---

(١) السنديك: وكيل الدائنين.

من جزء منها. ويسمى هذا الصلح أيضا بالصلح القضائي أو صلح الأغلبية، لتمييزه عن الصلح الودي أو التسوية الودية التي لا تخضع لرقابة القضاء ويلزم لإحداث أثرها موافقة جميع الدائنين.

(٢) وإما أن يمنح المدين صلحاً على ترك أمواله للدائنين وبمقتضاه يبرأ المفلس من ديونه نظير ترك أمواله للدائنين.

(٣) وإما أن يعلن اتحاد الدائنين عن تصفية أموال المفلس، فتصفى أمواله ويوزع الناتج منها على الدائنين كل بنسبة ما له من حق قبل المدين.

(٤) وأما أن يتبين الدائنون أن أصول المفلس ضعيفة لا تكفي لمواجهة مصروفات التفليسة فتقفل لعدم كفاية أموال المفلس. والواقع أن هذا الاجراء لا يعتبر حلاً للتفليسة ولا يترتب عليه انتهاؤها، وكل ما له من أثر هو وقف أعمال التفليسة مؤقتاً حتى تتوفر الأموال اللازمة لاستئناف السير فيها.

هذا، وقد يحصل المدين إذا كان حسن النية سيىء الحظ على صلح واق من الإفلاس يهدف الى تلافي شهر الافلاس وإنقاذ المدين من آثاره.

ب ـ الإعسار:

الإعسار نظام خاص بالمدينين غير التجار وينظمه القانون المدني، ويفترض الإعسار عدم كفاية أموال المدين لوفاء ديونه المستحقة الأداء.

وعلى ذلك فإن الإفلاس يختلف عن الإعسار، لأن الإفلاس يقوم على أساس توقف التاجر عن دفع الديون بصرف النظر عن حالته المالية، حتى ولو كانت أمواله تزيد عن ديونه، أما الإعسار فيجوز شهره اذا كانت حالة المدين المالية تنذر بالخطر، بأن كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء حتى ولو لم يطالب بالدين.

وقد وضع التقنين المدني نظاماً[١] قصد منه الى تحقيق المساواة بين الدائنين عند استخلاص حقوقهم من أموال المدين، فقضى بشهر حالة الإعسار بمقتضى

(١) راجع المادة ٢٤٩ من القانون المدني المصري وما بعدها.

حكم قضائي، على أنه لم يلزم المحكمة بشهر الإعسار، بل منحها سلطة واسعة لتقدير جميع الظروف التي أحاطت بالمدين، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة. وأوجب القانون على كاتب المحكمة تسجيل صحيفة دعوى الإعسار في سجل خاص، والتأشير في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى.

ويترتب على الحكم بشهر الإعسار حلول كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة. ومتى سجلت صحيفة دعوى الإعسار، فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف يكون من شأنه أن ينقص من حقوق المدين أو يزيد في التزاماته، كما لا يسري في حقهم أي وفاء يقوم به المدين.

ويعاقب المدين بعقوبة التبديد إذا تعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه، أو إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله أو اصطنع ديوناً صورية بقصد الإضرار بدائنيه.

وتنتهي حالة الإعسار بحكم، متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد عن أمواله، أو متى قام المدين بوفاء ديونه التي كانت حالّة قبل شهر الإعسار.

وتنتهي حالة الإعسار بقوة القانون، متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار.

ويلاحظ أن القانون، وإن نظم حالة الإعسار تنظيماً روعيت فيه طبيعة المعاملات المدنية، فإنه لم يقرر تصفية جماعية لأموال المدين المعسر فلا يترتب على شهر الإعسار غلّ يد المدين عن إدارة أمواله، كما أن شهر الإعسار لا يحول دون اتخاذ الدائنين لاجراءات فردية ضد المدين.

ويراعى أنه لا امتياز للدائن الحاجز على غيره، فلكل دائن أن يتدخل في إجراءات الحجز، ويقتسم الحاجز مع المتدخلين أموال المدين قسمة الغرماء.

الفصل السادس عشر
الأوراق التجارية[1]

(تعريفها، وخصائصها، أنواعها، وظائفها)

أولاً ـ تعريف الأوراق التجارية وخصائصها

الأوراق التجارية صكوك[2] قابلة للتداول، تمثل حقاً نقدياً، تستحق الدفع بمجرد الاطلاع أو بعد أجل قصير، يجري العرف على قبولها باعتبارها أداة للوفاء[3].

ويظهر لنا من هذا التعريف أن خصائص الأوراق التجارية التي تميزها عن غيرها من الصكوك المشابهة تتلخص في أربع خصائص[4] هي :

(١) قابلية التداول :

الأوراق التجارية قابلة للتداول بالطرق التجارية، فهي تنتقل بطريق التظهير إذا كانت إذنية، أو بطريق التسليم إذا كانت لحاملها. وقابلية الأوراق

---

(١) د. مصطفى كمال طه في الوجيز في القانون التجاري منشأة المعارف بالاسكندرية، ص ٣ وما بعدها، ود. علي البارودي في مبادىء القانون التجاري والبحري دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية سنة ١٩٧٧ م، ص ٥٨ وما بعدها، ود. محمد فريد العريني في القانون التجاري دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية الطبعة الأولى ١٩٧٧/٧٦ م، ص ٨٧ وما بعدها، ود. محمد حسن الجبر في القانون التجاري السعودي عمادة شؤون المكتبات جامعة الملك سعود بالرياض المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى ١٤٠٢ هـ ـ ١٩٨٢ م ، ص ٥٦ وما بعدها.

(٢) أي محررات مكتوبة وفقاً لأوضاع شكلية وبيانات يحددها القانون.

(٣) د. مصطفى كمال طه في الوجيز التجاري، ص ٦، والمذكرة التفسرية لنظام الأوراق التجارية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٧ في ١٣٨٣/١٠/١١ هـ .

(٤) د. مصطفى كمال طه في الوجيز التجاري، ص ٣ وما بعدها.

التجارية للتداول هي التي تحقق انتقالها السريع من يد لأخرى، وتجعلها تتبوأ مركز النقود في المعاملات.

والطرق التجارية للتداول تتميز عن طريق حوالة الحق المدنية[1]، لأن

---

(١) يعرف القانون نوعين من الحوالة هما: حوالة الحق، وحوالة الدين. وفي حوالة الحق يتفق الدائن مع أجنبي على أن يحول حقه الذي في ذمة المدين، فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه وصفاته وضماناته ودفوعه. ويسمى الدائن محيلاً، لأنه يحيل الأجنبي بالحق الذي له على المدين. ويسمى الأجنبي وهو الدائن الجديد محالاً له، لأن الدائن أحاله بحقه، ويسمى المدين محالاً عليه، لأن الدائن الأصلي أحال عليه الدائن الجديد. ومن ثم فإن حوالة الحق هي: اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق المحيل الذي في ذمة المحال عليه إلا المحال له

وفي حوال الدين يتفق المدين مع أجنبي على أن يتحمل عنه الدين الذي في ذمته للدائن، فيحل الأجنبي محل المدين في هذا الدين نفسه بجميع مقوماته وخصائصه وصفاته وضماناته ودفوعه. وهنا يسمى المدين محيلاً، لأنه يحيل على الأجنبي الدين الذي في ذمته. ويسمى الأجنبي محالاً عليه، لأن المدين أحال عليه الدين، ويسمى الدائن محالاً، لأن المدين أحاله على الأجنبي. على أن القانون لم يستعمل من هذه المصطلحات في حوالة الدين إلا المصطلح الخاص بالأجنبي الذي يتحمل الدين عن المدين الأصلي، فأسماه المحال عليه، واستبقى لكل من الدائن والمدين الأصلي اسميهما، فأطراف حوالة الدين إذن هم المدين الأصلي والمحال عليه والدائن. وعلى ذلك فحوالة الدين هي: اتفاق بين طرفين على تحويل الدين من ذمة المدين الأصلي الى ذمة مدين جديد يحل محله (الوسيط للسنهوري، جـ ٣، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف ـ الحوالة ـ الانقضاء)، دار احياء التراث العربي بالقاهرة ١٩٥٨ م، فقرة ٢٤٥، ص ٤٤٢ وما بعدهما).

والحوالة في الفقه الإسلامي: نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه، وتقتضي وجود محيل، ومحال، ومحال عليه. فالمحيل هو المدين، والمحال هو الدائن، والمحال عليه هو الذي يقوم بقضاء الدين (فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٣١٧). وهي مشروعة لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «مطل الغني ظلم، وإذا أُتبعَ أحدكم على مليء فَلْيَتْبَع» متفق عليه. وفي رواية لأحمد «ومن أحيل فَلْيَحْتَل» (سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٨٧).

ويفرق الحنفية بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة، حيث يوجد في كل من الحوالتين دائن ومدين وأجنبي محال عليه، وهذا الأجنبي المحال عليه هو الذي يتركز فيه التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة، فإذا كان هذا الأجنبي مديناً للمدين، وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذي في ذمته للدائن بالحق الذي له في ذمة الأجنبي، فهذه هي الحوالة المقيدة. وهي الحوالة الحقيقية.

أما إذا كان الأجنبي غير مدين للمدين، أو كان مديناً ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين، فهذه هي الحوالة المطلقة. وهي عند غير الحنفية كفالة لا حوالة (الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي للشيخ محمد سلام مدكور، ص ٢٥٤).

=

حوالة الحق تتطلب لنفاذها قبل المدين أو قبل الغير قبول المدين للحوالة أو إعلانه بها على يد محضر، ونفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ. كما أن حوالة الحق تنقل ذات الحق الى المحال له، الأمر الذي يجوز معه للمدين أن يتمسك قبل المحال له بجميع الدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل. هذا إلى أن المحيل لا يضمن إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة إذا كانت الحوالة بعوض، ولا يضمن يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان، وإذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان إلا الى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك[1]. أي أن حوالة الحق لا بد فيها من استيفاء إجراءات بطيئة معقدة لا تتفق وما تستلزمه التجارة من يسر وسرعة، فضلاً عما يكتنفها من تعريض المحال له لخطر الاحتجاج عليه بالدفوع التي قد تكون للمدين قبل المحيل من جهة ولخطر إعسار المدين من جهة أخرى. أما الطرق التجارية للتداول فهي أكثر سرعة وبساطة من طريق حوالة الحق المدنية، كما أنها تجعل حامل الورقة بمأمن من الاحتجاج عليه بالدفوع، وتوفر له ضماناً كافياً في استيفاء قيمتها عند الاستحقاق.

ومن ثم لا يندرج في عداد الأوراق التجارية الأوراق التي تصدر باسم شخص معين والتي لا تقبل الانتقال إلا بطريق حوالة الحق المدنية، وكذلك الفواتير التي تحمل بياناً بقيمة البضائع التي اشتراها التاجر.

(٢) تمثيلها حقاً نقدياً:

تمثل الأوراق التجارية دائماً حقاً بمبلغ من النقود، لأن الصكوك التي تتضمن دفع مبلغ معين من النقود في أجل معين هي وحدها التي تصلح بديل النقود في

= ويمكن في الحوالة المطلقة، أن نتصور أن المدين يريد أن يحيل دينه على الأجنبي، وهذه هي حوالة الدين في القانون. كما يمكن في الحوالة المطلقة أيضاً أن نتصور أن الدائن هو الذي يريد أن يحيل حقه للأجنبي، وهذه هي حوالة الحق في القانون (الوسيط للسنهوري، جـ ٣، فقرة ٢٤٠، ص ٤٢٠ وما بعدها). وليس هناك مانع من صحة حوالة الدين وحوالة الحق شرعاً خلافاً للبعض (الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي للشيخ محمد سلام مدكور، ص ٢٥٦، ٢٥٩، ٢٦٠).

(١) راجع المواد ٣٠٥، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٢ من القانون المدني المصري.

المعاملات وتتهيأ لها فرص التداول السريع.

ولذلك لا يعد سند الشحن البحري وتذكرة النقل البري أو الجوي وصك الإيداع في المخازن العامة من الأوراق التجارية، لأن هذه الصكوك، ولو أنها قد تكون قابلة للتداول بالطرق التجارية، فإنها لا تمثل حقاً نقدياً بل تمثل البضائع المنقولة أو المودعة.

(٣) استحقاقها الدفع بمجرد الاطلاع أو بعد أجل قصير:

تمثل الورقة التجارية ديناً يستحق الدفع بمجرد الاطلاع أو بعد أجل قصير كثلاثة أو ستة أشهر مثلاً، بحيث يستطيع حاملها أن يحصل على قيمتها فوراً عن طريق خصمها لدى البنوك.

ومن هنا تخرج الأوراق المالية (الأسهم والسندات) التي تصدرها الشركات أو البنوك وغيرها من الهيئات العامة، من عداد الأوراق التجارية لأن هذه الأوراق ـ وإن كانت قابلة للتداول بالطرق التجارية وتمثل حقاً بمبلغ من النقود ـ فإنها صكوك طويلة الأجل تصدر لمدة حياة الشركة فيما يتعلق بالأسهم ولمدة عشر أو عشرين أو ثلاثين سنة فيما يتعلق بالسندات، الأمر الذي يجعلها عرضة لتقلب الأسعار في السوق تبعاً للظروف الاقتصادية، ومما يستحيل معه خصمها لدى البنوك، ويجعلها بالتالي عاجزة عن الحلول محل النقود في المعاملات.

(٤) جريان العرف على قبولها أداة وفاء:

لا يكفي توفر الخصائص المتقدمة لاعتبار الورقة التجارية، بل يجب فضلاً عن ذلك أن يجري العرف على قبولها أداة وفاء تقوم مقام النقود في المعاملات.

ولذلك لا تعتبر كوبونات الأسهم والسندات المستحقة الوفاء من قبيل الأوراق التجارية، ذلك لأنها، وإن كانت قابلة للتداول وتمثل مبلغاً من النقود هو أرباح الأسهم أو فوائد السندات وتستحق الدفع بمجرد تقديمها للهيئة المصدرة، فإن العرف لم يجر بعد على اعتبارها أداة وفاء كالنقود.

ثانياً ـ أنواع الأوراق التجارية

تتنوع الأوراق التجارية الى أنواع كثيرة، لأن كل صك يبتدعه العمل وتتوفر فيه خصائص الأوراق التجارية ويجري العرف على قبولـه أداة وفاء في المعـاملات يعتبـر من قبيل الأوراق التجـارية. ومن أهم أنـواع هذه الأوراق: الكمبيـالـة، والسند الإذني، والشيك.

أ ـ الكمبيالة[1]:

الكمبيالة ورقة تجارية تتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب، الى شخص آخر يسمى المسحوب عليه، بأن يدفع مبلغاً معيناً من النقود بمجرد الاطلاع أو في تاريخ معين، لإذن أو لأمر شخص ثـالث هو المستفيـد (أو لحامـل الكمبيالـة إذا كانت لحاملها). وصورتها كالآتي:

القصيم في (التاريخ)	(المبلغ بالأرقام)

إلى (اسم المسحوب عليه) التاجر بالرياض (شارع . . . رقم . . .)
ادفعوا لإذن أو لأمر (اسم المستفيد) ـ أو لحامله ـ (المبلغ بالحروف) في (ميعاد الاستحقاق) والقيمة وصلت.

توقيع الساحب

وعلى ذلك فالكمبيالة تتضمن ثلاثة أطراف هم: الساحب وهو الذي يصدر الأمر بالدفع، والمسحوب عليه وهو الذي يتلقى الأمـر بـالدفع، والمستفيـد وهو الذي يصدر الأمر بالدفع لصالحه.

والغالب أن لا يحتفظ المستفيد بالكمبيالة حتى ميعاد استحقاقها، بـل يقوم بتحويلها، مقابل قبض قيمتها، إلى إذن شخص جديـد بعملية تسمى التـظهير،

---

(١) يطلق نظام المحكمة التجارية السعودي على الكمبيالة اسم سند الحوالة وأحياناً السفتجة، وانظر المواد من ١ ـ ٨٦ من نظام الأوراق التجارية السعودي.

ويسمى من ينتقل اليه الحق الثابت في الكمبيالة بالحامل، وقد يحولها هذا إلى آخر، وهكذا تظل الكمبيالة تتداول من مظهر الى آخر حتى تستقر في يد الحامل الأخير الذي يقدمها عند حلول ميعاد استحقاقها لقبض قيمتها، هذا إذا كانت الكمبيالة لإذن، أما إذا كانت لحاملها فإنها تتداول بالتسليم، والغالب كذلك أن لا ينتظر المستفيد من الكمبيالة والحملة المتعاقبون من بعده حلول ميعاد الاستحقاق ثم يقدمونها الى المسحوب عليه للوفاء، بل إن لهم تقديمها اليه قبل ميعاد الاستحقاق لكي يوقع عليها بالقبول. ويلتزم الساحب وكل من الحملة المتعاقبين للكمبيالة تجاه الحامل الأخير بضمان القبول من جهة وضمان الوفاء في ميعاد الاستحقاق من جهة أخرى.

وأشخاص الكمبيالية الثلاثة (الساحب والمسحوب عليه والمستفيد) تجمع بينهم علاقات قانونية سابقة. فالساحب يسحب الكمبيالة على المسحوب عليه لأنه دائن للمسحوب عليه بمبلغ مساو لقيمة الكمبيالة يمثل ثمن بضاعة أو مبلغ قرض، وهذا الحق الذي للساحب على المسحوب اليه يسمى بمقابل الوفاء. وهناك علاقة أخرى بين الساحب والمستفيد يكون فيها الأول مديناً للثاني، كأن يشتري الساحب بضاعة من المستفيد ويحرر له الكمبيالة وفاء بالثمن، وتسمى هذه العلاقة بوصول القيمة. وإذا كانت الكمبيالة لا تتضمن إلا مقابل وفاء واحد، فإن وصول القيمة يتعدد بتعدد مرات انتقال الورقة وينطبق على كل العلاقات القائمة بين الحملة المتعاقبين.

والكمبيالة ورقة تجارية مطلقة[1]، بمعنى أن جميع العمليات المتعلقة بها كسحبها وتظهيرها وقبولها وضمانها ووفاء قيمتها تعتبر تجارية، وهي تعتبر كذلك سواء أكان الموقع عليها تاجراً أم غير تاجر، وسواء سحبت الكمبيالة أم ظهرت بمناسبة عمليات تجارية أو مدنية، أي أن هناك قرينة قاطعة لا تقبل الدليل العكسي على اعتبار الكمبيالة وجميع التعهدات الثابتة عليها تجارية دائماً.

---

(١) راجع المواد ٢/٦ من القانون المدني المصري، والمادة ٢/جـ من نظام المحكمة التجارية السعودي.

ب ـ السند الإذني[1]:

السند الإذني ويسمى أيضاً السند لأمر هو ورقة يتعهد محررها بمقتضاها بأن يدفع مبلغاً معيناً من النقود بمجرد الاطلاع أو في تاريخ معين لإذن أو لأمر شخص آخر هو المستفيد (أو لحامل السند إذا كان لحامله).

وصورته كالآتي:

القصيم في (التاريخ)   (المبلغ بالأرقام) أتعهد بأن أدفع لإذن أو لأمر (اسم المستفيد) ـ أو لحامله ـ مبلغ (المبلغ بالحروف) في (ميعاد الاستحقاق) والقيمة وصلت. توقيع المحرر

ويتداول السند الإذني بطريق التظهير إذا كان لإذن وبطريق التسليم إذا كان لحامله، ويظل يتداول في حالة عدم رغبة الانتظار الى حين حلول ميعاد الاستحقاق حتى يستقر في يد العامل الأخير الذي يقدمه للوفاء عند حلول ميعاد الاستحقاق.

ويختلف السند الإذني عن الكمبيالة من ناحيتين:

الأولى: أن الكمبيالة تتضمن عند إنشائها ثلاثة أشخاص هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد، في حين أن السند الإذني لا يتضمن عند إنشائه إلا شخصين فقط هما المحرر والمستفيد، ومن ثم فلا محل في السند الإذني لمقابل الوفاء ولا للقبول.

الثانية: أن الكمبيالة ورقة تجارية مطلقة، بينما السند الإذني لا يعتبر تجارياً إلا في حالتين[2]:

---

(١) انظر المواد من ٨٧ ـ ٩٠ من نظام الأوراق التجارية السعودي.

(٢) انظر المادة ٢/٧ تجاري مصري، ولم ينص نظام المحكمة التجارية السعودي على حكم السند الإذني من حيث تجاريته.

(١) إذا كان محرره تاجراً، سواء حرر لعمل مدني أم لعمل تجاري.
(٢) إذا كان السند الإذني قد حرر لعمل تجاري، سواء أكان محرره تاجراً أم غير تاجر.

والعبرة في تحديد تجارية السند الاذني بوقت إنشائه، فإذا نشأ تجارياً فإنه يظل كذلك أياً كانت صفة من تداولوه من بعد وأياً كانت طبيعة الأعمال التي ظهر من أجلها وكذلك الأمر إذا نشأ مدنياً.

جـ ـ الشيك[١]:

الشيك ورقة تتضمن أمراً من شخص هو الساحب الى شخص آخر هو المسحوب عليه، ويكون في العادة أحد البنوك، بأن يدفع مبلغاً معيناً من النقود بمجرد الاطلاع لإذن أو لأمر شخص ثالث هو المستفيد[٢] (أو لحامل الشيك إذا كان لحامله)[٣].

وصورته كالآتي:

القصيم في (التاريخ)	(المبلغ بالأرقام)
بنك الرياض / فرع...	
إدفعوا لإذن أو لأمر (اسم المستفيد) ـ أو لحامله ـ مبلغ (المبلغ بالحروف).	
	توقيع الساحب

ويتداول الشيك بطريق التظهير إذا كان لإذن، وبطريق التسليم إذا كان لحامله.

والشيك يشبه الكمبيالة في الشكل، إذ أنه يتضمن مثلها ثلاثة أطراف هم

---

(١) راجع المواد من ٩١ وما بعدها من نظام الأوراق التجارية السعودي.
(٢) قد يكون المستفيد هو الساحب نفسه.
(٣) يلاحظ أن الشيك قد يكون باسم المستفيد، وحينئذ لا يتداول بالطرق التجاري، ولا يعد من الأوراق التجارية.

الساحب، والمسحوب عليه، والمستفيد أو الحامل. كما أنه يفترض مثلها وجود علاقتين قانونيتين سابقتين، الأولى بين الساحب والمسحوب عليه وتسمى بمقابل الوفاء أو الرصيد، والثانية بين الساحب والمستفيد وتسمى بوصول القيمة.

بيد أن للشيك ذاتية خاصة تميزه من الكمبيالة بوجه خاص من جهة، ومن الأوراق التجارية بوجه عام من جهة أخرى، وتبدو هذه الذاتية من ناحيتين:

(١) أن الشيك لا يسحب عادة إلا على بنك[١]، وبمقتضاه يسحب العميل ما أودعه من النقود لدى البنك، وتطبع البنوك عادة نماذج للشيك يبزر فيها اسم البنك (المسحوب عليه) بشكل واضح، ومن ثم فإن الشيك يرتبط ارتباطاً وثيقاً بعمليات البنوك.

(٢) أن الشيك يكون دائماً مستحق الدفع بمجرد الاطلاع، وذلك لأنه أداة وفاء فحسب، ومن هنا فإنه لا يتضمن إلا تاريخاً واحداً هو تاريخ السحب، وتاريخ الاستحقاق هو ذات تاريخ السحب. أما الأوراق التجارية الأخرى فإنها أداة وفاء وهي كذلك أداة ائتمان عندما تكون مضافة الى أجل.

هذا بالإضافة الى أن الشيك لا يعتبر عملاً تجارياً إلا إذا كان تحريره مترتباً على عمل تجاري سواء أكان ساحبه تاجراً أم غير تاجر[٢]، لأن القاعدة العامة في الأوراق المثبتة لالتزام بالدفع هي أن الورقة لا تعتبر تجارية إلا إذا كان تحريرها بسبب أعمال تجارية. لكن إذا كان ساحب الشيك تاجراً، افترض أنه سحب

---

(١) بل ان المادة ٩٣ من نظام الأوراق التجارية السعودي تنص على أنه: «لا يجوز سحب الشيكات الصادرة في المملكة والمستحقة الوفاء فيها إلا على بنك، والصكوك المسحوبة في صورة شيكات على غير بنك لا تعتبر شيكات صحيحة.

(٢) لم تتعرض المادة الثانية تجاري مصري لتجارية الشيك، كما لم يتعرض نظام المحكمة التجارية السعودي لحكم الشيك. وتذهب بعض التشريعات الى اضفاء الصفة التجارية على الشيك بصفة مطلقة، أي سواء كان محرره تاجراً أم غير تاجر وسواء حرر بمناسبة عمل مدني أم عمل تجاري، ومثال ذلك التشريع الكويتي، والتشريع العراقي، والحقيقة أن هذين التشريعين يضفيان الصفة التجارية المطلقة على السند الإذني أيضاً فضلاً عن الكمبيالة (انظر د. محمد حسن الجبر في القانون التجاري السعودي، ص ٥٩).

لعمل تجاري حتى يثبت العكس تطبيقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية(1).
ومتى اعتبر الشيك عملاً تجارياً وقت إنشائه، انسحبت هذه الصفة على جميع العمليات اللاحقة التي تقع عليه كتظهيره أو ضمانه. وبهذا يفترق الشيك عن الكمبيالة التي تعتبر عملاً تجارياً في جميع الأحوال، وعن السند الإذني الذي لا يعتبر تجارياً إلا إذا كان محرره تاجراً أو كان تحريره عن عمل تجاري ولو كان محرره غير تاجر.

ثالثاً ـ وظائف الأوراق التجارية(2)

تقوم الأوراق التجارية بدور هام في الحياة الاقتصادية، إذ تؤدي فيها الوظائف الثلاث الآتية وهي: أنها أداة لتنفيذ عقد الصرف ونقل النقود من مكان لآخر، أنها أداة للوفاء، أنها أداة للائتمان.

أ ـ الأوراق التجارية أداة لتنفيذ عقد الصرف:

من الثابت أن الكمبيالة ـ وهي أقدم الأوراق التجارية ـ نشأت في المدن الإيطالية في القرنين الثاني عشر والثالث عشر لتنفيذ عقد الصرف المسحوب، الذي يتمثل في تسلم النقود على أن يقوم من تسلمها بتقديم ما يقابلها بعملة أخرى في بلد آخر، وذلك لدرء مخاطر نقل النقود، وهو غير الصرف اليدوي، وهو مبادلة نقود وطنية بنقود أجنبية في نفس المكان عن طريق المناولة اليدوية.

فكان إذا أراد تاجر في جنوه بإيطاليا أن ينتقل الى سوق فرنسا لإبرام عمليات تجارية، فإنه لا يحمل معه ما يحتاجه من نقود معدنية خشية ضياعها أو سرقتها في الطريق، بل يتوجه الى أحد الصيارفة ويقدم له مبلغاً من نقود جنوه، فيسلمه الصيرفي رسالة يأمر فيها مراسله في فرنسا بأن يدفع للتاجر الايطالي مبلغاً مقابلاً من النقود الفرنسية.

على أن الكمبيالة قد فقدت في الوقت الحاضر أهميتها كأداة لتنفيذ عقد

---

(1) د. مصطفى كمال طه في الوجيز في القانون التجاري، ص ١٢.
(2) مرجع الهامش السابق، ص ١٢ وما بعدها.

الصرف بعد أن ظهرت صكوك أخرى تؤدي هذه الوظيفة، كالشيكات وحوالات البريد وأوامر النقل المصرفي.

ب ـ الأوراق التجارية أداة للوفاء:

عرف في إيطاليا في بداية القرن السابع عشر شرط الإذن والانتقال بطريق التظهير، وبمقتضاه تصدر الكمبيالة لإذن المستفيد، بحيث يستطيع أن يحل غيره محله بمجرد كتابة صيغة التظهير على ظهر الكمبيالة والتوقيع عليها. وبذلك ظهرت فائدة بصفتها أداة للوفاء تغني عن استعمال النقود في المعاملات كلما انتقلت من يد لأخرى، فالكمبيالة نفسها تستخدم لتسوية دين المسحوب عليه قبل الساحب ودين الساحب قبل المستفيد. وإذا ظهرها المستفيد لأحد دائنيه فإن الكمبيالة لا تستخدم في تسوية دينين فحسب، بل في تسوية ديون ثلاثة أو أربعة أو أكثر، عن طريق الوفاء الذي يقوم به المسحوب عليه للحامل الأخير.

ويقوم السند الإذني بذات الوظيفة التي تؤديها الكمبيالة بوصفها أداة للوفاء أما الشيك الذي ظهر في منتصف القرن التاسع عشر فهو أكثر ملاءمة للوفاء من الكمبيالة والسند الإذني، لأنه مستحق الدفع دائماً بمجرد الاطلاع.

ويلاحظ أن الكمبيالة قد فقدت أهميتها باعتبارها أداة للوفاء في المعاملات الداخلية، ولكنها اصبحت أداة هامة للوفاء في المعاملات الخارجية. وذلك بعكس الشيك والسند الإذني اللذين يغلب استعمالهما في نطاق العلاقات الداخلية.

جـ ـ الأوراق التجارية أداة للائتمان:

الأوراق التجارية خير أداة للائتمان القصير الأجل، فإذا اشترى تاجر الجملة بضاعة من المنتج ومنحه هذا أجلاً للوفاء ثلاثة أشهر، ثم باع تاجر الجملة هذه البضاعة لتاجر التجزئة لأجل ثلاثة أشهر أيضاً، فإن الأوراق التجارية تستخدم لمنح هذا الائتمان. فيحرر تاجر الجملة سنداً إذنياً للمنتج كما يحرر تاجر التجزئة سنداً إذنياً لتاجر الجملة، أو يسحب تاجر الجملة كمبيالة على تاجر التجزئة لأن المنتج يكون أجل استحقاقها بعد ثلاثة أشهر، وبذلك تكون الأوراق التجارية قد يسرت للتاجر شراء البضاعة دون أن يضطر لدفع ثمنها نقداً وفي الحال.

وإذا احتاج حامل الكمبيالة أو السند الإذني الى نقود عاجلة، فإنه يستطيع أن يخصم الكمبيالة أو السند الأذني لدى أحد البنوك فيحصل على النقود في الحال، بدلاً من انتظار حلول ميعاد الاستحقاق. وإذا احتاج البنك الذي قام بالخصم الى النقود قبل ميعاد الاستحقاق أمكنه أن يعيد خصم الكمبيالة أو السند الإذني لدى بنك آخر. وهذا الخصم الذي ابتدعه باترسون مؤسس بنك انجلترا في القرن الثامن عشر، جعل من الكمبيالة ثم السند الإذني أداتين مثليين للائتمان إذ يمنح الدائن الائتمان للمدين بأن يسحب عليه كمبيالة أو سنداً إذنياً مضافاً أيهما الى أجل قصير، ويمنح البنك الائتمان للدائن بقبوله خصم الكمبيالة أو السند الإذني.

ويلاحظ أن الأوراق التجارية لا تؤدي جميعها وظيفة الائتمان، بل يقتصر أداء هذه الوظيفة على الكمبيالة والسند الإذني، أما الشيك فليس إلا أداة للوفاء، لأنه مستحق الدفع بمجرد الاطلاع.

الباب السادس
الوكالة والوظيفة العامة

- الوكالة.
- الوظيفة العامة.

الفصل السابع عشر

الوكالة

(تعريفها، مشروعيتها، أركانها، التنجير والتعليق، شروط الوكالة، ضابط ما تجوز فيه الوكالة، الوكيل أمين، التوكيل بالخصومة، التوكيل باستيفاء القصاص، التوكيل بالبيع، شراء الوكيل من نفسه لنفسه، التوكيل بالشراء، التزامات الوكيل والموكل، إنتهاء الوكالة).

تعريفها:

الوكالة[١] في اللغة: التفويض، تقول: وكلت أمري الى الله أي فوضته اليه، وتطلق على الحفظ، ومنه قول الله تعالى: ﴿ حسبنا الله ونعم الوكيل ﴾[٢]، أي الحافظ[٣].

وفي الفقه الإسلامي: إقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف يملك التصرف فيه[٤].

وهي في القانون: عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل[٥].

---

(١) بفتح الواو وكسرها.

(٢) سورة آل عمران آية ١٧٣.

(٣) القاموس المحيط للفيروزآبادي، جـ ٤، فصل الواو - باب اللام، ص ٦٧.

(٤) الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي للشيخ محمد سلام مدكور، ص ٢١٩.

(٥) الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري، جـ ٧، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٦٤ م، فقرة ٢٠٨، =

فمحل الوكالة في القانون يكون دائماً تصرفاً قانونياً لا عملاً مادياً. وهذا التصرف يقوم به الوكيل لحساب الموكل. وليس معنى ذلك أن يقوم به الوكيل حتماً باسم الموكل وان كان هذا هو الغالب، بل يصح أن يقوم به باسمه الشخصي. ولكن يجب دائماً أن يعمل الوكيل لحساب الموكل لا لحسابه الشخصي.

وهكذا فان الوكالة في القانون قد تكون نيابية عندما يعمل الوكيل باسم الموكل، وقد تكون غير نيابية عندما يعمل الوكيل باسمه الشخصي.

مشروعيتها:

شرع الاسلام الوكالة للحاجة اليها، فليس كل انسان قادراً على مباشرة أموره بنفسه، لذا يحتاج الى توكيل غيره ليقوم بها بالنيابة عنه. ودليل مشروعيتها وجوازها الكتاب والسنة والاجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى في قصة أهل الكهف: ﴿ وكذلك بعثناهم ليتساءلوا بينهم، قال قائل منهم: كم لبثتم؟ قالوا: لبثنا يوماً أو بعض يوم، قالوا: ربكم أعلم بما لبثتم، فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه وليتلطف ولا يشعرن بكم أحداً ﴾[١].

وذكر الله عن يوسف أنه قال للملك: ﴿ اجعلني على خزائن الأرض إني حفيظ عليم ﴾[٢].

وأما السنة: فأحاديث كثيرة منها ما رواه أبو داود وصححه عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج الى خيبر، فأتيت النبي ﷺ، فقال: «اذا أتيت وكيلي بخيبر، فخذ منه خمسة عشر وسقاً. فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته»[٣].

= ص ٣٧٢. وراجع المادة ٦٩٩ مدني مصري، والمادة ٦٦٥ مدني سوري، والمادة ٦٩٩ مدني ليبي، والمادة ٩٢٧ مدني عراقي، والمادة ٧٦٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

(١) سورة الكهف آية ١٩.

(٢) سورة يوسف آية ٥٥.

(٣) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٩٤.

ومنها أنه ﷺ وكل أباً رافع ورجلاً من الأنصار فزوجاه ميمونة رضي الله عنها. وثبت عنه ﷺ التوكيل في قضاء الدين، والتوكيل في إثبات الحدود واستيفائها[1]، وغير ذلك.

وأما الاجماع: فقد أجمع المسلمون على جوازها، بل على استحبابها، لأنها نوع من التعاون على البر والتقوى.

أركانها:

الوكالة عقد من العقود فلا تصح إلا باستيفاء أركانها من الايجاب والقبول، ولا يشترط فيهما لفظ معين، بل تصح بكل ما يدل عليهما من القول أو الفعل، هذا في الفقه الإسلامي[2] . أما أركانها في القانون فهي التراضي والمحل والسبب[3].

ولكل واحد من المتعاقدين أن يرجع في الوكالة ويفسخ العقد في أي حال، لأنها من العقود الجائزة، أي غير اللازمة.

التنجيز والتعليق:

عقد الوكالة يصح منجزاً، ومعلقاً، ومضافاً الى المستقبل، كما يصح مؤقتاً بوقت، أو بعمل معين. فالمنجز مثل: وكلتك في شراء كذا. والتعليق مثل: ان تمَّ كذا فأنت وكيلي. والاضافة الى المستقبل مثل: إن جاء شهر رمضان فقد وكلتك عني. والتوقيت مثل: وكلتك مدة سنة، أو لتعمل كذا. وهذا مذهب الحنفية والحنابلة، ورأي الشافعية أنه لا يجوز تعليقها بالشرط.

والوكالة قد تكون تبرعاً من الوكيل، وقد تكون بأجر، لأنه تصرف لغيره لا يلزمه فجاز أخذ العوض عليه، وحينئذ للموكل أن يشترط عليه أن لا يخرج نفسه منها إلا بعد أجل محدود، وإلا كان عليه التعويض. وإن نص في العقد على أجرة

(١) المرجع السابق، جـ ٣، ص ٨٩٦.
(٢) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٢٦.
(٣) الوسيط للسنهوري، جـ ٧، فقرة ٢١٨، ص ٣٩٠ وما بعدها.

للوكيل اعتبر أجيراً وسرت عليه أحكام الأجير.

شروط الوكالة:

الوكالة لا تصح إلا اذا استكملت شروطها، وهذه الشروط منها شروط خاصة بالموكل، ومنها شروط خاصة بالوكيل، ومنها شروط خاصة بالموكل فيه أي محل الوكالة.

شروط الموكل:

يشترط في الموكل شرعاً وقانوناً أن يكون مالكاً للتصرف فيما يوكل فيه[1]، فإن لم يكن مالكاً للتصرف فلا يصح توكيله كالمجنون والصبي غير المميز فإنه لا يصح أن يوكل واحد منهما غيره، لأن كلًّا منهما فاقد الأهلية، فلا يملك التصرف ابتداء.

أما الصبي المميز فإنه يصح توكيله في التصرفات النافعة له نفعاً محضاً مثل التوكيل بقبول الهبة والصدقة والوصية. فإن كانت التصرفات ضارة به ضرراً محضاً مثل الطلاق والهبة والصدقة فإن توكيله لا يصح. أما إن كانت التصرفات دائرة بين النفع والضرر كالبيع فإن توكيله يصح ولكنه يتوقف نفاده على إجازة الولي.

شروط الوكيل:

يشترط في الوكيل شرعاً[2] وقانوناً أن يكون مميزاً[3] على الأقل فلو كان مجنوناً أو معتوهاً أو صبياً غير مميز فإنه لا يصح توكيله. وإنما جاز توكيل الصبي المميز في الفقه الإسلامي، لأنه مثل البالغ في الإحاطة بأمور الدنيا، ولأن عمرو بن السيدة أم سلمة زوَّج أمه من رسول الله ﷺ، وكان صبياً لم يبلغ الحلم بعد. وجاز

---

(١) ويعبر عن ذلك في القانون بأن يكون الموكل أهلاً لأن يؤدي بنفسه العمل الذي وكل فيه (راجع الوسيط للسنهوري، جـ ٧، فقرة ٢٢٧، ص ٤١٢).

(٢) وهذا عند الحنفية أما الجمهور فيشترط فيه أن يكون عاقلاً.

(٣) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٢٨، والوسيط للسنهوري، جـ ٧، فقرة ٢٢٨، ص ٤١٤.

توكيله في القانون، لأن أثر التصرف بالوكالة لا ينصرف اليه هو، بل ينصرف الى الموكل، لأنه يعمل باسم موكله لا باسمه الشخصي.

شروط الموكل فيه:

يشترط في الموكل فيه في الفقه الإسلامي[1] أن يكون معلوماً للوكيل أو مجهولاً جهالة غير فاحشة، إلا اذا أطلق الموكل كأن يقول له: اشتر لي ما شئت. كما يشترط فيه أن يكون قابلاً للنيابة، ويجري ذلك في كل العقود التي يجوز للانسان أن يعقدها لنفسه كالبيع والشراء والإجارة واثبات الدين والعين والخصومة والتقاضي والصلح وطلب الشفعة والهبة والصدقة والرهن والارتهان والاعارة والاستعارة والزواج والطلاق وادارة الأموال، وسواء أكان الموكل حاضراً أم غائباً وسواء أكان رجلاً أم امرأة.

ويشترط في التصرف القانوني محل الوكالة في القانون[2] أن يكون التصرف ممكناً، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً.

فإن كان التصرف مستحيلاً كان باطلاً لأنه لا التزام بمستحيل، وكانت الوكالة باطلة تبعاً لبطلان التصرف، كالوكالة في الطعن بالاستئناف بعد فوات الميعاد. وقد يكون التصرف القانوني ممكناً، ولكن طبيعته لا تقبل التوكيل فيه إذ يكون عملاً يقتضي أن يقوم به صاحبه شخصياً كالحضور أمام القضاء لاستجواب أو لحلف اليمين، فلا يجوز حينئذ للخصم أن يوكل غيره في أن يستجوب أو في أن يحلف اليمين بدلاً منه، وتكون الوكالة باطلة.

وان لم يكن التصرف القانوني معيناً أو قابلاً للتعيين كانت الوكالة باطلة، فيجب أن يعين التصرف محل الوكالة تعييناً نافياً للجهالة، كالتوكيل في بيع أو رهن أو هبة منزل معين... الخ. فاذا لم يكن التصرف معيناً فيجب على الأقل أن يكون قابلاً للتعيين كأن يوكل المالك ناظر زراعته في إدارة الزراعة، دون أن يعين

---

(١) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٢٨، والوجيز لمحمد سلام مدكور، ص ٢٢١.
(٢) الوسيط للسنهوري، جـ ٧، فقرة ٢٣٢، ص ٤٢١ وما بعدها.

على وجه التحديد التصرفات القانونية محل التوكيل، ففي هذه الحالة تكون هذه التصرفات قابلة للتعيين، فهي كل تصرف يتعلق بادارة الزراعة كايجار الأرض وأعمال الحفظ والصيانة وشراء البذور والسماد ومبيدات الحشرات ونحوها واستئجار عمال الزراعة والآلات الزراعية وبيع المحصول واستيفاء الحقوق ووفاء الديون.

وان لم يكن التصرف القانوني محل الوكالة مشروعاً لمخالفته للنظام العام أو الآداب أو القانون، كان باطلاً، وكانت الوكالة فيه أيضاً باطلة. فاذا وكل شخص آخر في شراء مخدرات أو أسلحة ممنوعة أو في إيجار منزل للدعارة أو للمقامرة أو في قبض رشوة أو إعطائها أو في الاتفاق مع شخص لارتكاب جريمة أو في الاتفاق مع امرأة على معاشرة غير مشروعة، أو وكل في غير ذلك من التصرفات المخالفة للنظام العام أو الآداب أو القانون، فإن الوكالة تكون باطلة تبعاً لبطلان التصرف محل الوكالة.

وأي تصرف قانوني توفرت فيه الشروط المتقدمة، يصح أن يكون محلاً للوكالة. فقد يكون التصرف عقداً كالبيع والإيجار، وقد يكون ارادة منفردة كالوصية وتطهير العقار المرهون، وقد يكون إجراء قضائياً تابعاً لتصرف قانوني هو ابداء الطلبات أمام القضاء نيابة عن الموكل كتوجيه اليمين والإدلاء باعتراف. وقد يستتبع التصرف القانوني القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به، كالبيع يستتبع التصديق على الامضاء والتسجيل. أما اذا كان العمل المعهود به قد تمحض عملاً مادياً، فالعقد لا يكون وكالة، بل يكون عقد عمل، فالتعاقد مع طبيب لإجراء عملية جراحية أو مع مهندس لبناء منزل لا يعتبر توكيلاً قانونياً.

ضابط ما تجوز فيه الوكالة:

وضع فقهاء الإسلام[1] ضابطاً لما تجوز فيه الوكالة، فقالوا: كل عقد جاز أن يعقده الإنسان لنفسه جاز أن يوكل به غيره.

---

(١) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٣٢٨.

أما ما لا تجوز فيه الوكالة فكل عمل لا تدخله النيابة كالصلاة والطهارة والحلف، فإنه لا يجوز في هذه الحالات أن يوكل الانسان غيره فيها، لأن الغرض منها الابتلاء والاختبار وهو لا يحصل بفعل الغير.

الوكيل أمين[1]:

متى تمت الوكالة كان الوكيل في الفقه الاسلامي أميناً فيما وكل فيه، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، ويقبل قوله في التلف كغيره من الأمناء، ومن صور التفريط أن يبيع السلعة ويسلمها قبل قبض الثمن، أو أن يستعمل العين استعمالاً خاصاً، أو أن يضعها في غير حرز.

التوكيل بالخصومة[2]:

يصح التوكيل بالخصومة شرعاً في إثبات الديون والأعيان وسائر حقوق العباد، سواء أكان الموكل مدعياً أم مدعى عليه، وسواء أكان رجلاً أم امرأة وسواء رضي الخصم أم لم يرض. لأن المخاصمة حق خالص للموكل، فله أن يتولاه بنفسه وله أن يوكل عنه غيره فيه.

واقرار الوكيل بالخصومة على موكله في الحدود والقصاص لا يقبل مطلقاً، سواء أكان بمجلس القضاء أم بغيره.

وأما اقراره في غير الحدود والقصاص، فإن الأئمة اتفقوا على أنه لا يقبل في غير مجلس القضاء، واختلفوا فيما اذا أقر عليه بمجلس القضاء، فقال الأئمة الثلاثة: لا يصح لأنه اقرار فيما لا يملكه، وقال أبو حنيفة: يصح إلا إن شرط عليه أن لا يقر عليه.

والوكيل بالخصومة ليس وكيلاً بالقبض، لأنه قد يكون كفئاً للتقاضي والمخاصمة ولا يكون أميناً في قبض الحقوق، وهذا ما ذهب اليه الأئمة الثلاثة

---

(١) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٢٩.

(٢) المرجع السابق في نفس الموضوع المذكور.

خلافاً للأحناف الذين يرون أن له قبض المال الذي يحكم به لموكله، لأن هذا من تمام الخصومة ولا تنتهي إلا به، فيعتبر موكلاً فيه.

التوكيل باستيفاء القصاص[1]:

مما اختلف فقهاء الإسلام فيه التوكيل باستيفاء القصاص، فقال أبو حنيفة: لا يجوز إلا اذا كان الموكل حاضراً، فإذا كان غائباً، لا يجوز لأنه صاحب الحق، وقد يعفو لو كان حاضراً، فلا يجوز استيفاء القصاص مع وجود هذه الشبهة، وقال مالك: يجوز ولو لم يكن الموكل حاضراً. وهذا أصح قولي الشافعي، وأظهر الروايتين عن أحمد.

التوكيل بالبيع[2]:

من وكل غيره ليبيع له شيئاً وأطلق الوكالة فلم يقيده بثمن معين ولا أن يبيعه معجلاً أو مؤجلاً، فليس له في الفقه الإسلامي أن يبيعه إلا بثمن المثل ولا أن يبيعه مؤجلاً، فلو باعه بما لا يتغابن الناس بمثله أو باعه مؤجلاً لم يجز هذا البيع إلا برضا الموكل، لأن هذا يتنافى مع مصلحته فيرجع فيه اليه، وليس معنى الاطلاق أن يفعل الوكيل ما يشاء بل معناه الانصراف الى البيع المتعارف لدى التجار وبما هو أنفع للموكل.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن يبيع كيف شاء نقداً أو نسيئة، وبدون ثمن المثل وبما لا يتغابن الناس بمثله وبنقد البلد وبغير نقده، لأن هذا هو معنى الاطلاق، وقد يرغب الانسان في التخلص من بعض ما يملك ببيعه ولو بغبن فاحش.

هذا اذا كانت الوكالة مطلقة، فإذا كانت مقيدة فإنه يجب على الوكيل أن يتقيد بما قيده به الموكل ولا تجوز مخالفته إلا إذا خالفه الى ما هو خير للموكل، فإذا قيده بثمن معين فباعه بأزيد أو قال بعه مؤجلاً فباعه حالاً صح هذا البيع.

فاذا لم تكن المخالفة الى ما هو خير للموكل كان تصرفه باطلاً عند الشافعي،

---

(١) فقه السنة، جـ ٣، ص ٢٢٩، ٢٣٠.

(٢) المرجع السابق، جـ ٣، ص ٢٣٠.

ويرى الحنفية أن هذا التصرف يتوقف على رضا الموكل فإن أجازه صح وإلا فلا. وعند الحنابلة أن الوكيل اذا اشترى بأكثر من ثمن المثل الذي قدره له الموكل بما لا يتغابن الناس فيه عادة صح الشراء للموكل وضمن الوكيل الزيادة، والبيع كالشراء في صحته وضمن الوكيل النقص في الثمن، أما ما يتغابن فيه الناس عادة فعفو لا يضمنه.

شراء الوكيل من نفسه لنفسه[1]:

اذا وكل شخص في بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه؟ قال مالك: للوكيل أن يشتري من نفسه لنفسه بزيادة في الثمن، وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد في أظهر روايتيه لا يصح شراء الوكيل من نفسه لنفسه، لأن الانسان حريص بطبعه على أن يشتري لنفسه رخيصاً، وغرض الموكل الاجتهاد في الزيادة، وبين الغرضين مضادة، فلا يصح هذا الشراء.

التوكيل بالشراء[2]:

من وكل غيره في شراء شيء وكانت الوكالة مطلقة فليس للوكيل في الفقه الإسلامي أن يشتري بأكثر من ثمن المثل أو بغبن فاحش، واذا خالف كان تصرفه غير نافذ على الموكل ووقع الشراء للوكيل نفسه.

وإن كانت الوكالة مقيدة بشروط اشترطها الموكل وجب مراعاة تلك الشروط سواء أكانت راجعة الى ما يشتري أم الى الثمن فإن خالف فاشترى غير ما طلب منه شراؤه أو اشترى بثمن أزيد مما عينه الموكل كان الشراء له دون الموكل. فإن خالف الى ما هو أفضل جاز، لما روي «عن عروة البارقي رضي الله عنه أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به أضحية أو شاة، فاشترى به شاتين، فباع احداهما بدينار، فأتاه بشاة ودينار، فدعا له بالبركة في بيعه، فكان لو اشترى تراباً لربح فيه»[3]، فهذا يدل على أنه يجوز للوكيل إذا قال له المالك: اشتر بهذا الدينار شاة

---

(١) المرجع السابق، جـ ٣، ص ٢٣٠، ٢٣١.
(٢) مرجع الهامش السابق، جـ ٣، ص ٢٣٠، ٢٣١.
(٣) مسند الامام أحمد بن حنبل، جـ ٤، ص ٣٧٦، وسبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٧٣٣.

ووصفها، أن يشتري به شاتين بالصفة المذكورة، لأن مقصود الموكل قد حصل، وزاد الوكيل خيراً، ومثل هذا لو أمره أن يبيع شاة بدرهم فباعها بدرهمين، أو أن يشتريها بدرهم فاشتراها بنصف درهم. وهو الصحيح عند الشافعية.

التزامات الوكيل والموكل[1]:

تنشيء الوكالة في القانون التزامات في جانب الوكيل، هي: تنفيذ الوكالة، وتقديم حساب عنها للموكل، ورد ما يكون للموكل عند الوكيل.

وقد تنشيء التزامات في جانب الموكل، هي: دفع الأجر اذا كانت الوكالة مأجورة، ورد المصروفات أو تقديمها اذا كانت هناك حاجة الى نفقات لتنفيذ الوكالة، وتعويض الوكيل عن الضرر اذا أصابه ضرر بسبب تنفيذ الوكالة.

واذا كانت هذه الالتزامات في القانون فإن الفقه الإسلامي لا يمانع فيها، بل يأخذ بها وان لم ينص عليها صراحة بهذا التنظيم.

انتهاء الوكالة:

تنتهي الوكالة في الفقه الاسلامي[2] والقانون[3] بأسباب مختلفة، يمكن تقسيمها الى فئتين:

أولاً ـ أسباب ترجع الى القواعد العامة:

ومن هذه الأسباب ما تنتهي به الوكالة انتهاء مألوفاً عن طريق تنفيذها، وهذه هي:

---

(١) راجع تفصيل ذلك في الوسيط للسنهوري، جـ ٧، فقرة ٢٤٥، ص ٤٤٩ وما بعدهما، والمادة ٧٠٣ مدني مصري وما بعدها.

(٢) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٣١.

(٣) الوسيط للسنهوري، جـ ٧، فقرة ٣٢٢، ص ٦٤٤ وما بعدهما، وانظر أيضاً المادة ٧١٤ مدني مصري والمادة ٦٨٠ مدني سوري والمادة ٧١٤ مدني ليبي، والمادة ٩٤٦ مدني عراقي، والمادة ٨٠٨ موجبات وعقود لبناني وما بعد كل من هذه المواد.

(١) اتمام العمل محل الوكالة، لأن العمل المقصود اذا كان قد انتهى فإن الوكالة تصبح لا معنى لها.

(٢) انقضاء الأجل المعين لها، والمفروض هنا أن تكون الوكالة في أعمال مستمرة كالتوكيل في الادارة، ويحدد المتعاقدان أجلاً تنتهي بانقضائه الوكالة، كأن يوكل شخص آخر في ادارة مزرعته أو مصنعه أو متجره لمدة سنة. فمقياس الوكالة هنا لا بالأعمال التي تتم، بل بالمدة التي تنقضي في تنفيذ هذه الأعمال، وتكون الوكالة في هذه الحالة عقداً زمنياً، ومن ثم تنتهي بانقضاء الأجل المحدد لها. واذا استمر الوكيل بعد انقضاء الأجل قائماً بتنفيذ الوكالة بعلم الموكل ودون معارضته، كان هناك تجديد ضمني للوكالة.

ومن الأسباب التي ترجع الى القواعد العامة ما تنتهي به الوكالة قبل التنفيذ، ومن ذلك:

أ ـ استحالة التنفيذ وهذه الاستحالة قد تكون استحالة مادية وقد تكون استحالة قانونية. والاستحالة المادية كمن وكل آخر في بيع منزل، ثم انهدم المنزل بعد التوكيل، فإن التزامات الوكيل تنتهي باستحالة تنفيذها، ومن ثم تنتهي الوكالة. والاستحالة القانونية كمن وكل آخر في ادارة أمواله، ثم وضعت هذه الأموال تحت الحراسة القضائية يتولى ادارتها حارس قضائي بدلاً من الوكيل، فإن الوكالة تنتهي لاستحالة تنفيذ التزامات الوكيل. ويعبر الفقه الإسلامي عن ذلك بخروج الموكل فيه عن ملك الموكل.

ب ـ الافلاس ونقص الأهلية أو فقدها، اذا أفلس الموكل أو أفلس الوكيل فإن الوكالة تنتهي، ذلك أن الموكل المفلس لا يستطيع مباشرة التصرف في أمواله أو ادارتها بنفسه، فأولى أن لا يستطيع ذلك بوكيل، والوكيل المفلس قد غلت يده عن أمواله فأولى أن تغل عن أموال موكله. والاعسار في القانون كالافلاس في ذلك. واذا طرأ نقص أو فقد على أهلية الموكل أو الوكيل، كأن حجر على أي منهما للعته أو السفه أو الجنون، انتهت الوكالة.

جـ ـ الفسخ وتحقق الشرط الفاسخ، يجوز انهاء الوكالة عن طريق طلب فسخها

اذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته. كما تنفسخ الوكالة اذا علقت على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط. وهذا السبب استقل به القانون ولم يذكره علماء الفقه الإسلامي.

ثانياً ـ أسباب خاصة بعقد الوكالة:

وهذه ترجع الى خاصتين من خصائص هذا العقد.

أولهما: أن الوكالة يغلب فيها الاعتبار الشخصي، ويترتب على ذلك أنها تنتهي:

(١) بموت الوكيل، لأن الموكل قد اختاره وكيلاً لاعتبار شخصي فيه، فلا تحل ورثته محله بعد موته. ولا تنتهي الوكالة بمجرد الموت، بل يجب على الورثة، اذا توفرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة، أن يبادروا الى اخطار الموكل بموت مورثهم، وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل. وتبقى الوكالة فيما يتعلق بهذه الأعمال التحفظية. وانتهاء الوكالة بموت الوكيل ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم، فتبقى الوكالة حتى بعد موت الوكيل ويلتزم بها الورثة في حدود التركة.

(٢) بموت الموكل، سواء أكانت الوكالة غير مأجورة فيكون الوكيل المتبرع قد اعتد بشخص موكله في هذا التبرع، أم كانت مأجورة حيث يبقى مفروضاً أن الوكيل قد تخير موكله. ولا تنتهي الوكالة بمجرد الموت، بل تبقى الى أن يعلم الوكيل بموت الموكل، فإذا لم يعلم به وتعاقد مع الغير، وكان هذا أيضاً حسن النية، اعتبرت الوكالة قائمة، وانصرف أثر العقد الذي يبرمه الوكيل، حقاً كان أو التزاماً، الى ورثة الموكل بموجب وكالة حقيقية. وحتى بعد أن يعلم الوكيل بموت الموكل، فإنه يجب عليه أن يصل بالأعمال التي بدأها الى حالة لا تتعرض معها للتلف، وتبقى الوكالة قائمة فيما يتعلق بما يقوم به من أعمال لهذا الغرض. وانتهاء الوكالة بموت الموكل، كإنتهائها بموت الوكيل، لا يعتبر من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم، فلا تنتهي

الوكالة بموت الموكل بل يلتزم بها ورثته في حدود التركة.

وثانيهما: أن الوكالة عقد غير لازم، ويترتب على ذلك أنها تنتهي:

(١) بعزل الموكل للوكيل من الوكالة ولو لم يعلم، وهذا عند الشافعي والحنابلة، ويكون ما بيده بعد العزل أمانة. ويرى الحنفية ومعهم القانون أنه يجب أن يعلم الوكيل بالعزل، وقبل العلم تكون تصرفاته كتصرفاته قبل العزل في جميع الأحكام.

(٢) بتنحي الوكيل عن الوكالة، ولا يشترط علم الموكل بالتنحي أو حضوره، والحنفية يشترطون ذلك حتى لا يضار، وكذلك في القانون لا يتم تنازل الوكيل عن الوكالة إلا باعلانه للموكل، فقبل اعلان التنحي تبقى الوكالة قائمة، ويكون الوكيل ملزماً بالمضي في تنفيذ الوكالة، أما بعد إعلان التنحي فإن الوكالة تنتهي، ولكن الوكيل يكون مع ذلك ملزماً بأن يصل بأعمال الوكالة التي بدأها الى حالة لا تتعرض معها للتلف.

الفصل الثامن عشر

الوظيفة العامة

(التعريف بها، تولية الموظف العام، مكان العمل الوظيفي وزمانه، حقوق الموظف العام، واجبات الموظف العام، تأديب الموظف العام، انتهاء خدمة الموظف العام)

أولاً ـ التعريف بالوظيفة العامة:

تقوم السلطة الادارية بتنفيذ السياسة العامة للدولة وتشغيل مرافقها العامة عن طريق عدد كبير من العاملين لديها اصطلح على تسميتهم بالموظفين العموميين، وهؤلاء الموظفون لهم نظام قانوني خاص يحكم مراكزهم ويرتب شؤون وظائفهم في معظم دول العالم.

تعدد مفهوم الوظيفة العامة:

يوجد في العالم مفهومان رئيسيان متقابلان للوظيفة العامة، كل منهما مطبق في عدد من البلدان[1].

الأول: الوظيفة في المفهوم الأوروبي:

الوظيفة في المفهوم الأوروبي السائد في معظم بلاد العالم ـ ومنها البلاد العربية ـ تعتبر عملاً مستقراً، وتخضع لنظام قانوني خاص، تختلف عن ذلك الذي يحكم العمل في المشروعات الخاصة، ويتفق والهدف المقصود من الوظيفة العامة

---

(١) راجع د. ماجد راغب الحلو في القانون الاداري، دار المطبوعات والمعرفة الجامعية بالاسكندرية، ص ١٩٤.

وهو تحقيق الصالح العام. وفي هذا النظام يلتحق الفرد في خدمة الدولة عادة في سن مبكرة ويظل بها حتى بلوغ سن التقاعد أو الاحالة الى المعاش. وينتقل الموظف خلال سنين خدمته بين وظائف متعددة، ويرتقي شيئاً فشيئاً على درجات السلم الاداري. ويحدد النظام الوظيفي المركز القانوني للموظف ـ وهو مركز تنظيمي أو لائحي ـ بما يتضمن من حقوق والتزامات، كما يبين الأحكام المنظمة للوظيفة العامة.

الثاني: الوظيفة في المفهوم الأمريكي:

أما الوظيفة في المفهوم الأمريكي المطبق في الولايات المتحدة وكندا وسويسرا وفنلندة والدول الشيوعية فلا تكاد تختلف عن العمل في المشروعات الخاصة، فالموظفون يكادون يخضعون لنفس النظام القانوني الذي يخضع له كافة العاملين لدى غيرهم، وليس لهم من الحقوق غير ما يستمدون جميعاً من الدستور. والوظيفة لا تمثل عملاً مستقراً وإنما مجرد عمل مؤقت يرتبط في العادة بوظيفة بعينها. فلا ينقل الموظف من وظيفته أو يرقى الى غيرها، ويؤدي الغاء الوظيفة الى خروج الموظف من الخدمة.

تعريف الموظف العام[1]:

ليس من السهل وضع تعريف دقيق شامل للموظف العام، يصلح في جميع البلدان، أو حتى يصدق على كل من يتصف بصفة الموظف في اطار بلد واحد. ولا يضع المقنن عادة تعريفاً جامعاً للموظف العام، وإنما يقتصر كل قانون من قوانين الموظفين المتعددة على تحديد الخاضعين لأحكامه.

واذا كان لزاماً علينا أن نورد تعريفاً ـ ولو تقريبياً ـ للموظف العام فإنه كل من يولي وظيفة دائمة أو مؤقتة، في خدمة مرفق عام يدار بطريق مباشر.

ويتضح من تحليل هذا التعريف أن لمفهوم الموظف العام عنصرين هما: صحة اجراءات التولية، والتبعية لمرفق عام يدار بطريق مباشر.

---

(١) المرجع السابق، ص ٢١٠ وما بعدها.

(١) صحة اجراءات التولية:

يجب لكي يتصف الشخص بصفة الموظف العام أن يكون قد شغل وظيفته وفقاً لاجراءات قانونية صحيحة. وتتركز هذه الاجراءات غالباً في صدور قرار بالتعيين من صاحب الاختصاص طبقاً للأوضاع التي يقررها القانون. وقد تتمثل في ابرام عقد محدد المدة بين الادارة وأحد الأفراد لشغل وظيفة معينة، بل ويحدث أن يتم شغل الوظيفة عن طريق الانتخاب في بعض الأحيان.

ويستوي بعد ذلك أن تكون الوظيفة دائمة أو مؤقتة. ويقصد بالوظيفة الدائمة تلك التي تقتضي القيام بعمل غير محدد بزمن معين. أما الوظيفة المؤقتة فهي التي تقتضي القيام بعمل مؤقت ينتهي في زمن محدد، أو تكون لغرض مؤقت. وكان يشترط في النظرية التقليدية ـ التي لا تزال سائدة في فرنسا حتى الآن ـ أن يشغل الفرد وظيفة دائمة بصفة دائمة، ولكن التطور والحاجات العملية أدت الى ظهور الوظائف المؤقتة والتولية المؤقتة للوظائف الدائمة.

(٢) التبعية لمرفق عام:

ويشترط أيضاً ليكون الشخص موظفاً عاماً أن تكون الوظيفة التي يشغلها تابعة لأحد المرافق العامة التي تدار بطريق مباشر. سواء أكانت السلطة التي تتولى ادارته مركزية أم لا مركزية، وسواء أكان المرفق ادارياً أم اقتصادياً. أما العاملون في المرافق التي لا تدار بالطريق المباشر وإنما بطريق الامتياز أو الاقتصاد المختلط فلا يعتبرون موظفين عموميين، رغم أنهم يعملون في خدمة مرافق عامة.

فإذا توفر هذان العنصران أو الشرطان اتصف العامل بصفة الموظف العام بصرف النظر عن نوع العمل الذي يقوم به، ومدى أهميته، وسواء أكان وطنياً أم أجنبياً، معيناً أو متعاقداً، مثبتاً أو غير مثبت، يتقاضى مرتباً دورياً أو لا يتقاضى، يخضع لنظام الموظفين العام أو لأحد الأنظمة الوظيفية الخاصة، يعمل لدى السلطة المركزية أو لدى إحدى السلطات اللامركزية.

طبيعة العلاقة الوظيفية[1] :

اختلف الرأي في تكييف طبيعة العلاقة التي تربط الموظف بالسلطة الادارية وظهر في ذلك اتجاهان، أحدهما يعتبرها علاقة تعاقدية، والآخر يقدر أنها علاقة تنظيمية. ونوجز ذلك فيما يلي:

النظرية التعاقدية:

تقرر النظرية التعاقدية أن العلاقة بين الموظف والسلطة الادارية تعتبر علاقة تعاقدية لا تختلف عن مثيلاتها في القانون الخاص. وأساس هذه العلاقة هو عقد إجارة الأشخاص في حالة قيام الموظف بعمل مادي، وعقد الوكالة اذا كان يقوم بعمل قانوني. وتخضع هذه العلاقة لقواعد القانون المدني التي تحدد حقوق وواجبات الموظف المترتبة على العقد المبرم بينه وبين الادارة. وقد ساد الاعتقاد في هذه النظرية حتى منتصف القرن التاسع عشر، ولا تزال تجد نوعاً من الرواج بصورة أو بأخرى في البلاد الأنجلوسكسونية كانجلترا والولايات المتحدة الأمريكية.

غير أنه مع ظهور قواعد القانون الاداري المستقل في فرنسا وتميزها عن أحكام القانون المدني، ومع تبلور المبادىء التي تحكم المرافق العامة، خاصة مبدأ دوام سير المرافق العامة ومبدأ قابلية نظام المرافق العامة للتغيير، اتضح عدم صلاحية النظرية التعاقدية لحكم علاقة الموظف بالادارة، وتعارضها مع مركزه الحقيقي من نواح:

- فلا يتم التحاق الموظف بوظيفته ـ في العادة ـ بناء على تبادل الايجاب والقبول بينه وبين الادارة بعد مناقشة حقوق التزامات الطرفين والموافقة عليها، وإنما يتم تقلد الوظيفة بقرار اداري تنفرد الادارة باصداره، وإن كان معلقاً على شرط تسلم الموظف لعمله بالفعل. وهذا القرار لا تسبقه مفاوضات أو مساومات، ولا يلحق به بيان بالشروط أو الحقوق والواجبات. ولو حدث ذلك لأدى الى

(١) المرجع السابق، ص ٢٢٢ وما بعدها.

نتيجة غير مقبولة، وهي اختلاف مراكز الموظفين القائمين بنفس العمل أو الشاغلين لنفس الوظيفة تبعاً لاختلاف شروط الاتفاق.

- ولو كانت علاقة الموظف بالسلطة الادارية تعاقدية تحكمها قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» لأدى ذلك الى عدم جواز انفراد الادارة بتعديل نظام التوظف بما من شأنه المساس بالحقوق والواجبات المتفق عليها. وهذا يتعارض مع مبدأ قابلية نظام المرافق العامة للتغيير بواسطة السلطة العامة تحقيقاً للصالح العام. ولو كانت العلاقة تعاقدية لجاز ترك الموظف لوظيفته بإنهاء العقد طبقاً للأحكام المدنية، دون موافقة الادارة أو الخضوع لأحكام الاستقالة. وهذا لا يتفق ومبدأ دوام سير المرافق العامة.

ولمعالجة هذه الأوضاع غير المقبولة اتجه القضاء الاداري في فرنسا ومصر - خلال فترة من الزمن - الى القول بأن العلاقة التعاقدية بين الموظف والادارة إنما تقوم على أساس عقد من عقود القانون العام هو عقد الوظيفة العامة، لا تحكمه قواعد القانون الخاص في العقود، التي أهمها قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين». وهذا العقد الاداري يزود الادارة بسلطات واسعة وحقوق معترف بها هي حق الرقابة والتوجيه، وحق توقيع الجزاءات على المتعاقد الآخر، وحق تعديل العقد، وحق انهائه، وذلك تحقيقاً للصالح العام. غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد، لأن العقد الاداري الملزم للجانبين اذا كان يخول الادارة كل هذه الحقوق فإن استعمالها لها مقيد في الحقيقة باعتبارات متعددة أهمها وقوع خطأ من المتعاقد مع الادارة بتعويض ما أصابه من ضرر نتيجة تعديل شروط العقد بما يمس التوازن المالي للعقد، أو نتيجة انهائه قبل مدته.

النظرية التنظيمية:

بدأ الفقه الفرنسي منذ منتصف القرن الماضي - وتحت تأثير الانتقادات الموجهة الى النظرية التعاقدية - الاتجاه الى تكييف علاقة الموظف بالسلطة الادارية بأنها علاقة تنظيمية تحكمها القواعد القانونية المتصلة بتنظيم الوظائف العامة. فهذه القواعد هي التي تحدد المركز القانوني للموظف العام بما يتضمن من حقوق

وواجبات حتى في الحالات الاستثنائية التي يبرم فيها عقد اداري بين الموظف والدولة كما يحدث عادة في توظيف الأجانب.

وقد أيد مجلس الدولة المصري منذ قيامه سنة ١٩٤٦ م، بل وطبقها القضاء العادي في مصر قبل هذا التاريخ وعدل عما كان قد استقر عليه من اعتبار الموظف في مركز تعاقدي. وأخيراً تدخل المقنن الفرنسي فأقر المركز التنظيمي للموظف العام في قانون الموظفين الصادر في ١٩ أكتوبر عام ١٩٤٦ م ثم في النظام المطبق حالياً الذي صدر به القرار الجمهوري رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٥٩ م. وأقر المقنن المصري نفس الاتجاه في قانون الوظائف العامة رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ م وفي القوانين التي تلته حتى قانون العاملين المدنيين بالدولة الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ م الذي نص في المادة ٧٦ منه على أن «الوظائف العامة تكليف للقائمين بها، هدفها خدمة المواطنين تحقيقاً للمصلحة العامة طبقاً للقوانين واللوائح والنظم المعمول بها. . . ».

ويترتب على الاعتراف بالمركز التنظيمي للموظف النتائج التالية:

(١) الالتحاق بالوظيفة بقرار:

يتم التحاق الموظف بوظيفته ـ في الغالب الأعم ـ بقرار تعيين تصدره الادارة بارادتها المنفردة وهو قرار شرطي يستتبع تطبيق النظام القانوني للموظفين على الشخص المعين. غير أن الموظف غير ملتزم بقبول الوظيفة رغم ارادته، ولا يلزم لازالة آثار التعيين أن يستقيل منها، لأن قرار التعيين معلق على شرط، سواء أكان هذا الشرط واقفاً وهو استلام العمل، أم كان الشرط فاسخاً يتمثل في عدم قبول التعيين، بحيث يؤدي الامتناع عن تسلم العمل الى سقوط قرار التعيين. ولا يستثني من ذلك إلا حالة التعيين بأوامر تكليف، حيث يلزم المكلف بقبول الوظيفة وتسلم العمل وإلا تعرض للعقاب. ويحدث التكليف عادة في مجال الوظائف التي يقل عدد المرشحين لشغلها رغم أهميتها.

وكما يلتحق الموظف بوظيفته بقرار اداري، فإنه يتركها كذلك بقرار. فلا تنقطع صلة الموظف بالوظيفة بمجرد ابداء رغبته في الاستقالة، وإنما لا بد من قبول الإدارة لها صراحة أو ضمناً.

غير أن بعض الموظفين يتم التحاقهم بالخدمة ـ استثناء ـ عن طريق التعاقد. ويحدث ذلك عادة بالنسبة للتعيين في الوظائف المؤقتة أو التعيين المؤقت في الوظائف الدائمة، سواء أكان المعينون مواطنين كما يحدث أحياناً، أم كانوا أجانب وهذا هو الغالب. وتظهر أهمية التعاقد الوظيفي على وجه الخصوص في البلاد التي تكثر من استخدام الموظفين الأجانب مثل معظم دول الخليج العربية.

ومع ذلك فإن مركز الموظف المتعاقد أو المعين بعقد ليس مركزاً تعاقدياً مشابهاً لمركز المتعاقدين في إطار القانون الخاص، وإنما هو في الحقيقة مركز مركب أو مختلط. فيخضع الموظف المتعاقد للشروط الواردة في العقد، وهي عادة قليلة تكاد تقتصر أساساً على بيان نوع الوظيفة ومقدار الراتب ومدة العقد، كما يخضع في نفس الوقت لكافة القواعد القانونية للنظام الوظيفي الذي يحكم الوظيفة المتعاقد عليها، فيما لم يرد بشأنه نص خاص في العقد، وللادارة تعديل قواعد النظام الوظيفي بما تتضمن من حقوق وواجبات، وليس للموظف المتعاقد أن يعترض أو يتظلم، ما دام التعديل لا يمس شروط العقد.

(٢) الخضوع لقواعد معدة سلفاً:

يخضع الموظف في علاقته الوظيفية لقواعد معدة سلفاً، ليس له دخل في وضعها أو تحديد مضمونها. فيمثل النظام الوظيفي في قواعد عامة مجردة تسري على كافة الموظفين من نفس الفئة. وتقوم السلطة العامة وحدها بوضع هذه القواعد وتحديد ما تمنحه للموظف من حقوق وما تفرضه عليه من واجبات. وتسري هذه القواعد على الموظف بمجرد تعيينه وتسلمه العمل.

(٣) للسلطة العامة تعديل النظام:

للسلطة العامة حق تعديل قواعد الوظيفة العامة، دون انتظار موافقة الموظف أو رفضه، رغم ما يمكن أن يتضمن التعديل من مساس بمركزه القانوني. وليس للموظف الاعتراض أو الاحتجاج بحقوق مكتسبه أو المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة الانتقاص من حقوقه كتخفيض راتبه أو تقصير إجازته السنوية، أو نتيجة زيادة أعبائه الوظيفية كزيادة ساعات العمل اليومية أو فرض

واجب اضافي الى أعمال وظيفته. غير أن هـذه التعديـلات يجب أن تكون عـامة مجردة لا تخص موظفاً بعينه، كما لا يجوز الاتفاق على مخالفتها سواء لصالح الادارة أم لصالح الموظفين، وذلك تطبيقـاً لمبدأ المسـاواة بين أصحـاب المراكـز المتشابهـة ولحماية المرشح للوظيفة باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الوظيفية، ولمنع زيادة المزايا الوظيفية بالنسبة لبعض الموظفين بناء على اعتبارات شخصية. ويجب أن يتم تعديل القواعد الوظيفية بقواعد تشريعية من نفس درجتها، فلا يجوز تعديل قاعدة قانونية بقاعـدة لائحية، وذلـك احترامـاً لمبـدأ تـدرج القواعـد التشريعيـة. ولا تستطيع الادارة مخالفة قواعد التنظيم الوظيفي ـ ولو كانت لائحية ـ بقرار فردي، وإلا كان هذا القرار غير مشـروع يجوز الغـاؤه في الأنظمـة القضائيـة التي تسمح بالالغاء، كما يجوز التعويض عما ترتب عليه من ضرر، وذلك تطبيقاً لمبدأ المشروعية.

الوظيفة العامة والفقه الإسلامي:

يتكلم الفقـه الإسلامي عن الـوظائف العـامة تحت عنـوان «الـولايـات». والولايات في الفقـه الإسلامي تشمـل: الوزارة، والإمارة على البـلاد، ورئاسـة القضـاء، والقيادة العـامة للجيش، والـولاية عـلى الأموال، ثم منـاصب القضاء والدفاع والمـال في كل اقليم، يضـاف الى ذلك الـوظائف المتنـوعة الأخـرى التي تتطلبها المصالح العامة للدولة[1]. وينظم الفقـه الإسلامي كـل ولاية عـلى حدة تنظيماً دقيقـاً تحت اسم خاص بهـا دون أن يجمع بينهـا كما هـو الحال في الـوظيفة العامة.

ثانياً ـ تولية الموظف العام[2]:

يقصد بتولية الموظف العام اتخاذ الاجراء القانوني الذي عن طريقه يصبـح الشخص موظفاً عاماً، سواء تمثل هذا الاجراء في انتخـاب أم تعيين أو تكليف. ونتحدث فيما يلي عن شروط تولي الوظائف العامة، ثم نبين طرق اختيار الموظفين.

---

(١) النظريات السياسية الإسلامية د. محمد ضياء الدين الريس، مكتبة دار التراث، الطبعة السابعة ١٩٧٩ م القاهرة، ص ٢٦١ وما بعدها.

(٢) د. ماجد الحلو في القانون الاداري، ص ٢٢٨ وما بعدها.

شروط تولي الوظائف العامة :

تشترط القوانين توفر عدد من الشروط فيمن يرشح لتولي الوظائف العامة، يمكن جمعها في خمسة شروط هي : جنسية الدولة، السن أو العمر، الصلاحية الأخلاقية، الكفاءة العلمية، اللياقة الصحية[1].

(١) جنسية الدولة :

تشترط القوانين عادة في المرشح للوظيفة العامة أن يكون مواطناً، متمتعاً بجنسية الدولة، ولا تجيز للأجانب تولي الوظائف العامة إلا في حالات محددة أهمها حالة الحاجة اليهم لعدم توفر أمثالهم من المواطنين (م ٤/أ من نظام الخدمة المدنية السعودي)، وحالة المعاملة بالمثل مع الدول الأخرى، وحالة اللاجئين الذين حرموا فرص العمل في بلادهم. وهذا أمر طبيعي لأن أبناء الدولة أجدر بالعمل في خدمتها، وأقدر على تفهم شؤونها، وأكثر إخلاصاً وولاء لها، كما أنهم أحق بالحصول على مزايا وظائفها اقتضاء لحق العمل الذي تضمنه الدولة لهم.

(٢) السن أو العمر :

يجب أن يكون سن أو عمر المرشح للوظيفة وقت صدور قرار التعيين يتراوح بين حد أدنى وحد أقصى معينين. أما الحد الأدنى فيشترط للتأكد من أن المرشح قد بلغ من النضج والادراك مبلغاً يؤهله للقيام بأعباء الوظيفة العامة، ويختلف مقداره من قانون لآخر، ويتأرجح عادة بين الخامسة عشرة والواحدة والعشرين، ويشترط البند ب من المادة ٤ من نظام الخدمة المدنية بالمملكة العربية السعودية أن يكون «مكملاً سبعة عشر عاماً من العمر» أما الحد الأقصى لعمر المرشح لتولي الوظيفة العامة، فيشترط للتأكد من أن المرشح لم يصل بعد الى سن التقاعد أو يقترب منه لدرجة لا تسمح له بالاستقرار اللازم في الوظيفة لمدة مناسبة، وغالباً ما تترك القوانين تحديد الحد

---

(١) راجع المادة ٤ من نظام الخدمة المدنية بالمملكة العربية السعودية، وقد صدرت اللوائح التنفيذية لهذا النظام بالمرسوم الملكي رقم م / ٤٩ وتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠ هـ .

الأقصى لسن التعيين في الوظائف العامة للادارة تنظمه بقـرارات لائحية بما يتفق وظروف الحال.

(٣) الصلاحية الأخلاقية:

لعل أكثر الشـروط التي تشترطهـا القوانـين في الموظف العـام عدداً يتصـل بالصلاحية الأخلاقية للموظف. وللمقنن الحق في ذلك، لأن الأخلاق الكريمة هي أهم ما يجب أن يتحلى به الموظفون العموميون، وهم عمال الدولة القوامون على مصالح مواطنيها، وتضع القوانين عادة ثلاثة شروط لضمان توفر هذه الصلاحية وهي حسن السيرة، وخلو صحيفة الحالة الجنائية، وعدم سبق العزل الوظيفي.

أ ـ **حسن السيرة**: يجب أن يكون المرشح لتولي الوظيفة العامة حسن السيرة والأخـلاق، وذلك حتى لا يـولي الـوظـائف إلا المشهـود لهم بـين النـاس بالأخلاق الحميدة (م ٤ /د من نظام الخدمة المدنية السعودي)

ب ـ **خلو صحيفـة الحالـة الجنـائيـة**: من الـطبيعي أن لا يسمـح لأصحـاب السوابق الجنائية الخطرة أو المشينة بتولي الوظائف العامة، خشية أن يظلوا على ما كانوا عليه من انحراف، وفي ذلك تنص المادة ٤ /و من نظام الخدمة المدنية السعودي أن يكون «غير محكوم عليه بحد شرعي أو بسجن في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة حتى يمضي على انتهاء تنفيذ الحد أو السجن ثلاث سنوات على الأقل».

جـ ـ **عدم سبق العزل الوظيفي**: ومن المنطقي كذلك أن يشترط فيمن يعين في احدى الوظائف العامة ـ اذا كان قد سبق له التوظف من قبل ـ أن لا يكون قد سبق عزله من وظيفته كعقاب له على ارتكابه لجريمـة تأديبيـة وفي ذلك تنص المادة ٤ /ز من نظام الخدمة المدنية السعودي أن يكون «غير مفصول من خدمة الدولة لأسباب تأديبية ما لم يكن قد مضى على صدور قرار الفصل ثلاث سنوات».

(٤) الكفاءة العلمية:

يشترط فيمن يعين في احدى الوظائف العامة أن تتوفر فيه الكفـاءة العلمية

اللازمة لتـولي الوظيفـة المرشـح لها، بـأن يكون مؤهـلاً علماً بما يتفق ومهـام هذه الوظيفة. ويجوز لمجلس الخدمة المدنية السعودي الاعفاء من هذا الشرط[1].

(٥) اللياقة الصحية:

يشترط فيمن يعين في احدى الوظائف العامة أن يكون صحيح الجسم الى الحد الذي يمكنه من القيام بـأعباء وظيفتـه بصورة منـتظمة. كـما يجب أن يكون المرشح للوظيفة خالياً من الأمراض المعدية حتى لا يشكل خطراً في نقـل العدوى الى المتعاملين معه من الجمهور أو العاملين معه من الموظفين. وتختلف درجة اللياقة الصحية المطلوبة حسب نوعية الوظيفة وطبيعتها، فبعض الوظائف يستلزم درجـة عالية من اللياقة الصحية والبدنية كالوظائف ذات العمل الشاق ووظائف التدريب الرياضي والتربية البدنية، وبعض الوظائف لا يتطلب سوى درجة متواضعـة من الليـاقة الصحيـة بحيث يمكن شغلها حتى ببعض المعـوقـين وذلـك كـالـوظـائف الكتابية[2]

طرق اختيار الموظفين:

إن مجرد استيفاء الشروط اللازمة للالتحاق باحدى الوظائف العامة لا يكفي في حد ذاته ليصبح المرشح تلقائياً موظفاً عاماً، ولا بد من المرور عبر طرق اختيار معينة تتم من خلالها تولية الموظف في وظيفته بعد المفاضلة بين المتقـدمين لشغـل الوظائف واختيـار أكفئهم لشغل الـوظائف الشـاغرة. والـطرق المتبعة في اختيـار الموظفين الآن هي: الانتخاب، والتعيين، والتكليف.

أولاً: الانتخاب:

انتخاب الموظفين هو اختيارهم بواسطة أغلبية الناخبين المعنيين. ويندر الآن الرجوع الى الانتخـاب في اختيار المـوظفين. من ذلـك انتخاب العمـد والمشايـخ

---

(١) راجع المادة ٤ / هـ من نظام الخدمة المدنية السعودي.

(٢) انظر المادة ٤ / جـ من نظام الخدمة المدنية السعودي ولائحتها التنفيذية الرابعة.

وأعضاء المجالس المحلية في بعض البلاد، وكذلك انتخاب القضاة في الولايات المتحدة الأمريكية.

ثانياً: التعيين:

تعيين الموظفين هو توليتهم وظائفهم بقرارات تصدرها السلطة المختصة. ويتم اختيار معظم الموظفين عن طريق التعيين. ولتوضيح موضوع التعيين كوسيلة لاختيار الموظفين نعرض لسلطة التعيين، ودرجة التعيين، وفترة الاختبار، والتعيين والسلطة التقديرية.

سلطة التعيين: هي الجهة المختصة قانوناً باصدار قرارات تعيين الموظفين. ويختلف مستوى صاحب سلطة التعيين باختلاف مراتب الموظفين المراد تعيينهم، فيتولى رئيس الدولة التعيين في الوظائف العليا، بينما يتم التعيين في الوظائف الأخرى بواسطة مجلس الوزراء أو الوزراء أو نوابهم أو من يفوضونهم أو رؤساء المصالح المستقلة[1] حسب درجة الموظفين المعينين ومراكزهم الوظيفية.

درجة التعيين: يتم التعيين في الأصل في أدنى درجات المجموعة النوعية للوظائف، وذلك لكي يبدأ الموظف العمل الوظيفي لمجموعته الوظيفية من بدايته، ويتدرج في ارتقاء درجات السلم الاداري مع مزيد من الممارسة والخبرة والاستقرار الوظيفي. غير أنه يجوز استثناء لاعتبارات تقدرها الادارة وفي حدود معينة التعيين في غير أدنى درجات المجموعات النوعية للوظائف كما تستثني الوظايف العليا من تطبيق هذه القاعدة.

فترة الاختبار: قد يكون الموظف رغم تأهيله العلمي أو المهني غير كفء في العمل الوظيفي، أو سيء التصرف في المواقف التي يواجهها، أو عنيف الطباع لا يحسن التعامل مع الآخرين، أو مهملاً لا يحافظ على مواعيد العمل أو أوراقه أو أدواته. لذلك غالباً ما يوضع المعينون لأول مرة من غير شاغلي الوظائف العليا تحت الاختبار لمدة معينة تتراوح عادة بين بضعة أشهر وسنة[2]، يجوز خلالها فصل

---

(١) راجع المادة ٥، ٦، ٣١، ٣٢ من نظام الخدمة المدنية السعودي.

(٢) هي في المملكة العربية السعودية سنة.

الموظف الذي لم تثبت كفاءته أو صلاحيته للعمل. ويجوز بدلاً من الفصل النقل لوظيفة أخرى. فاذا لم يتم فصل الموظف الخاضع للاختبار خلال فترة التجربة اعتبر مثبتاً في الوظيفة التي عين فيها، وحسبت مدة التجربة ضمن مدة خدمته[1].

التعيين والسلطة التقديرية: السلطة التقديرية هي حرية الاختيار في اتخاذ القرارات ويتم تعيين الموظفين إما على أساس الاختيار الحر، فتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في إختيار من تعين من الموظفين، وإما على أساس الاختيار المقيد بقيود موضوعية معينة، فتقل سلطتها التقديرية ويصبح اختصاصها مقيداً في تعيين الموظفين.

(١) **الاختيار الحر**: وفيه تعين الادارة من تشاء من الموظفين العمومين دون التقيد بضوابط معينة. وتطبق طريقة الاختيار الحر عادة بالنسبة للوظائف العليا نظراً لتدخل مسائل الاعتبارات السياسية والثقة الشخصية فيها. ويجب التقليل من استخدام هذه الطريق وعدم الرجوع اليها إلا في أضيق الحدود، لما يمكن أن تؤدي اليه من انحراف عن جادة الصواب وطريق المصلحة العامة، واخلال بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المواطنين.

(٢) **الاختيار المقيد**: وفيه تعين الادارة من تحتاج اليه من الموظفين وفق معايير وضوابط معينة تتقيد بها تحقيقاً للصالح العام. اذ من شأن التقيد بهذه المعايير تحقيق مصلحة الوظيفة العامة ورفع كفاءتها، وكذلك مراعاة مصالح المواطنين من طالبي الوظائف العامة باقامة المساواة بينهم. وأهم معايير الاختيار المقيد هي أفضلية المؤهل، ومسابقات التعيين، والاعداد المدرسي.

أ - **أفضلية المؤهل**: وهنا يتم الاختيار للتعيين على أساس المؤهلات الوظيفية سواء تمثلت في شهادات دراسية أم في خبرة عملية. وعندما يزيد عدد طالبي الوظائف عن العدد المطلوب تجري المفاضلة بينهم على أساس المؤهل

---

(١) انظر المادة ٩ من نظام الخدمة المدنية السعودي ولوائحها التنفيذية.

الأعلى، أو التقدير الأعلى في الحصول على نفس المؤهل، أو الأقدمية في التخرج، أو مدة الخبرة. . الى غير ذلك من ضوابط الأفضلية.

ب ـ **مسابقات التعيين**: وفي هذه الحالة يتم اجراء الامتحانات المناسبة لمستلزمات الوظائف المراد شغلها. ويؤدي الامتحان كل من يتقدم اليه ممن تتوفر فيه الشروط المعلن عنها مع المسابقة، سواء أكانت هذه الشروط هي نفسها شروط تولي الوظائف بصفة عامة أم كانت أكثر منها لاضافة الشروط الخاصة بالوظائف الشاغرة اليها. ويكون التعيين في هذه الوظائف طبقاً للترتيب التنازلي لنتائج المسابقة، فيعين الحاصل على أعلى الدرجات، ثم من يليه، فمن يليه. . . وهكذا. وهذه الطريقة يمكن أن تكون أفضل الطرق لاختيار الموظفين اذا أحسن تطبيقها بدقة وأمانة، لأنها تؤدي الى اختيار أفضل الصالحين لشغل الوظيفة عملاً وبطريقة موضوعية.

جـ ـ **الاعداد المدرسي**: وفي هذه الطريقة تتولى الادارة بنفسها انشاء مدارس فنية متخصصة لاعداد بعض نوعيات الموظفين الذين تحتاج اليهم اعداداً تخصصياً مناسباً. ومن أمثلة هذه المدارس مدارس المعلمين والمعلمات، ومدارس الادارة، ومدارس الشرطة. وأهم مزايا هذه الطريقة أنها تؤدي الى حصول الادارة على أصحاب التخصصات المطلوبة من الموظفين على وجه الدقة، لأن اعدادهم الفني يتم بمعرفتها، وبقدر الحاجة.

ثالثاً: التكليف:

التكليف هو الزام بعض المواطنين بالعمل في وظائف معينة لمدة محددة، وإلا تعرضوا للعقاب الجنائي، وذلك بقرار يصدر من صاحب الاختصاص القانوني وهو عادة رئيس الدولة. وتصدر أوامر التكليف عادة لسد العجز في بعض فئات الموظفين، فتتصل بالوظائف التي يقل عدد المتقدمين لشغلها عن العدد المطلوب، إما لقلة عدد الخريجين، أو من تتوفر فيهم شروط شغلها عن حاجة الادارة، وأما لعزوفهم عن الالتحاق بالوظائف العامة تفضيلاً للعمل الحر في القطاع الخاص، لما له من مزايا لا توفرها الوظائف العامة أهمها ما يدره من دخل يجاوز غالباً أضعاف

المرتبات، وما يتميز به من حرية تخلو من قيود الوظائف. وتلاحظ هذه الظاهرة على وجه الخصوص بالنسبة للفنيين من الجامعيين الذين تسمح لهم طبيعة تخصصاتهم بإقامة المشروعات الفنية الخاصة، وذلك كالأطباء والمهندسين. وتصدر أوامر التكليف سواء في أوقات السلم أم الحرب، وإن كانت الحاجة تزداد اليها في أوقات الأزمات بصفة عامة.

ولا يكاد يختلف التكليف عن التعيين في الوظائف العامة إلا في مسائل قليل أهمها:

- أن المكلف مجبر على القيام بالعمل الوظيفي المكلف به وإلا عرض نفسه للعقاب الجنائي الذي يتمثل غالباً في الحبس والغرامة. أما المعين في احدى الوظائف فمخير بين قبول الوظيفة المعين فيها أو رفضها بعدم تسلم العمل.

- إن التكليف يكون لمدة محدودة سلفاً كسنة أو سنتين، تكون غالباً قابلة للتجديد. ويتحول التكليف بعد نهاية مدته عادة الى تعيين دائم إذا وافق الموظف على ذلك. أما التعيين فإنه لا يكون لمدة محددة سلفاً، ما لم يكن مرتبطاً بعقد لاتصاله بوظيفة مؤقتة أو بعمل مؤقت في وظيفة دائمة.

ثالثاً ـ مكان العمل الوظيفي وزمانه[1]:

يقوم الموظف باداء خدمات الوظيفة التي يتقلدها بمجرد قبوله لها بتسلم العمل، غير أن القيام بالعمل الوظيفي لا يظل دائماً في نفس المكان أو جهة العمل التي بدأ فيها تقلد الوظيفة، فقد ينقل الموظف أو يعار أو ينتدب للعمل في جهة أخرى. كما أن الموظف لا يستمر في العمل طوال مدة قيام الرابطة الوظيفية، فهو لا يؤدي العمل في أثناء الأجازات ولا خلال فترة الوقف عن العمل. ونعرض لمكان وزمان العمل الوظيفي فيما يلي:

---

(١) د. ماجد الحلو في القانون الاداري، ص ٢٤٤ وما بعدها.

مكان العمل الوظيفي: اذا كان الموظف يبدأ الخدمة أو العمل الوظيفي في المكان أو الجهة التي يعين فيها، فإنه يحدث أن ينقل الى جهة أخرى، أو يندب كلياً أو جزئياً للقيام بأعباء وظيفة غير وظيفته، أو يعار للعمل باحدى الدول أو الهيئات الأجنبية. لذلك نتحدث عن النقل والندب والاعارة.

أ ـ **النقل:** يقصد بنقل الموظف أن تستبدل بالوظيفة المسندة اليه وظيفة خالية من نفس النوع والدرجة ـ عادة ـ في ادارة أخرى.

ويهدف النقل غالباً الى تحقيق مصلحة العمل بحسن توزيع العاملين على الادارات المختلفة، بشرط أن لا يضر النقل بحقوق الموظف، خاصة حقه في الدرجة الوظيفية وحقه في الترقية بالأقدمية. ويهدف النقل أحياناً الى تلبية رغبة الموظف نفسه، اذا لم يكن في النقل اضرار بصالح العمل. أما سلطة النقل فهي نفسها سلطة التعيين في الجهتين، الجهة المنقول منها، وتلك المنقول اليها، فاذا كان النقل يتم في داخل نفس الجهة أو الوحدة الادارية، فإن سلطة التعيين تكون لرئيس هذه الجهة فحسب[1].

ب ـ **الندب:** هو قيام الموظف مؤقتاً ـ تنفيذاً لقرار من السلطة المختصة ـ بأعباء وظيفة أخرى شاغرة، من نفس درجة وظيفته أو من الدرجة التي تعلوها مباشرة، في نفس الادارة التي يعمل بها أو في ادارة أخرى، بالتفرغ أو بالاضافة الى أعمال وظيفته، وذلك مع الاحتفاظ بصلته بوظيفته.

ويهدف الندب الى انجاز أعمال وظيفة شاغرة لم يتيسر بعد تعيين موظف يتولاها، وذلك بأن يعهد بهذه الأعمال مؤقتاً الى أحد الموظفين، إما بالاضافة الى أعمال وظيفته اذا كان باستطاعته تحمل العبئين معاً وهذا هو الندب الجزئي، وإما بالتفرغ اذا كان يمكن الاستغناء عن خدماته مؤقتاً في جهة عمله الأصلية، وهنا يكون الندب كلياً.

ويتم الندب بقرار من السلطة المختصة، وهي نفس سلطة التعيين في كلتا

---

(١) راجع المادة ١٠ من نظام الخدمة المدنية السعودي ولوائحها التنفيذية.

الجهتين، واذا كان قرار الندب يصدر عادة من صاحب الاختصاص في الجهة المنتدب اليها الموظف، فإنه يشترط كذلك موافقة نفس السلطة في جهة العمل الأصلية، ولا تشترط موافقة الموظف على الندب.

ويحتفظ الموظف بوظيفته الأصلية رغم ندبه كل الوقت أو بعضه، فلا يؤثر الندب في درجته أو أقدميته أو ما يستحقه من ترقيات أو علاوات، ويتقاضى راتبه من جهة العمل الأصلية كما لو لم يكن منتدباً. وغالباً ما يتقاضى الموظف المنتدب انتداباً جزئياً مقابلاً أو أجراً اضافياً فوق مرتبه، لأنه يقوم بأعباء الوظيفة المنتدب اليها بالاضافة الى أعباء وظيفته الأصلية.

جـ - **الاعارة:** هي قيام الموظف - تنفيذاً لقرار من السلطة المختصة بعد موافقته الكتابية - بعمل وظيفة أخرى شاغرة، في جهة عامة أجنبية غالباً، براتب يتقاضاه منها، مع احتفاظه بصلته بوظيفته الأصلية.

وتهدف الاعارة أساساً الى اقامة نوع من التعاون بين الدول والهيئات الدولية في مجال تبادل الموظفين. ويستوي أن يكون مكان الاعارة في خارج اقليم الدولة المعيرة كما هو الغالب أم في داخله كما يحدث عندما تكون الاعارة لاحدى الهيئات الأجنبية القائمة في داخل الدولة.

وتجيز القوانين أحياناً اعارة الموظف الى أحد الأشخاص المعنوية الوطنية العامة أو الخاصة، سواء أكان مقرها في داخل اقليم الدولة وهذا هو الغالب أم في خارجه.

وتتم الاعارة بقرار من الجهة المعيرة، بناء على طلب الجهة المستعيرة، وموافقة الموظف المرشح للاعارة كتابة. واذا كانت الاعارة لا تتم إلا بموافقة الموظف المعار، فإن استمرارها أيضاً معلق على مشيئته، فيستطيع أن يقطع مدة الاعارة ويعود الى عمله الأصلي قبل نهايتها.

وللاعارة صفة التوقيت، وتضع القوانين أو اللوائح التنفيذية عادة حداً أقصى لمدتها وتحدد مدة الاعارة في القرار الصادر بها، فينص على أن تكون الإعارة لمدة ستة أشهر أو أكثر قابلة للتجديد لعدد معين.

ويحتفظ الموظف بوظيفته الأصلية رغم إعارته، فلا تؤثر الاعارة في درجته أو أقدميته أو ما يستحقه من ترقيات أو علاوات، بل يجوز منح الموظف المعار أجره كله أو بعضه من الجهة المعيرة، وبذلك يحصل على راتب مزدوج، لأنه يتقاضى أجره أساساً من الجهة المستعيرة[1].

زمان العمل الوظيفي:

لا يقوم الموظف بأعمال وظيفته طوال أيام السنة، فهو لا يقوم بالعمل خلال الأجازات التي يستحقها، ولا في أثناء فترة الوقف عن العمل الذي قد يتعرض له فيؤدي الى ابعاده مؤقتاً عن الخدمة الوظيفية. لذلك فإننا نتحدث هنا عن أجازة الموظفين، والوقف عن العمل.

١ ـ أجازة الموظفين:

بالاضافة الى الأجازات العامة التي تعطل فيها ادارات الدولة إلا ما يستثني لضرورة وهي العطلات الأسبوعية أو الأعياد والمناسبات الرسمية توجد أنواع أربعة من الأجازات الوظيفية[2] هي: الأجازة الطارئة أو العارضة، والاجازة الخاصة.

أ ـ **الاجازة الطارئة أو العارضة**: هي التي يضطر الموظف فيها لظرف طارىء أو عارض الى التغيب عن العمل يوماً ـ في العادة ـ دون اذن سابق.

ويجب أن يكون سبب الأجازة كما يتضح من تسميتها طارئاً أو عارضاً، أي مفاجئاً لم يكن متوقعاً في توقيته، يتعذر معه ابلاغ الرؤساء به للحصول على اذن سابق[3]. كما يجب أن يقدم الموظف الى رئيسه فور عودته الى العمل بياناً اجمالياً

(١) راجع المادة ٢٩ من نظام الخدمة المدنية السعودي ولوائحها التنفيذية.

(٢) انظر المادة ٢٨ من نظام الخدمة المدنية السعودي ولوائحها التنفيذية.

(٣) ومع ذلك فإن اللائحة التنفيذية رقم ١٠ للمادة ٢٨ من نظام الخدمة المدنية السعودي تشترط لكي يحصل الموظف على أجازة براتب كامل لأسباب طارئة أنه لا بد من موافقة رئيسه أولاً قبل أن يتغيب، فتنص على أنه: «يجوز للموظف بعد موافقة رئيسه أن يتغيب براتب كامل المدة لأسباب طارئة فترة. . . الخ».

بالأسباب التي اقتضت تغيبه في الأجـازة الطارئة أو العارضة كأن يذكر له أن تخلفه كان «لأسباب عائلية طارئة» أو «لأسباب شخصية مفاجئة» خوفاً من افشاء الأسرار الأسـرية، أو الشخصيـة للمـوظف، وتضخـع هـذه الأسبـاب لتقـديـر الـرئيس المختص. ويجب أخيراً أن لا تتجاوز الأجازة الطارئة مدتها، وأقصاهـا في المملكة العربية السعودية خمسة أيام متوالية بشرط أن لا يتغيب في السنة المالية الواحدة أكثر من عشرة أيام(١). ويسقط حق الموظف في الأجازة الطارئة بانتهاء السنة.

ب ـ **الأجازة الدورية أو الاعتيادية أو السنوية**: هي الأجازة التي يستحقها الموظف كل عام للراحة من عناء العمل وتجديد النشـاط استعداداً لعـام جديـد. وتتراوح مدتها في الغالب بين شهر وثلاثة. فالانسان بجمسه وعقله يحتاج في العادة الى شهر من الراحة على الأقل بعد سنة من العمل المتواصل. وهذه الراحة ليست لمصلحة الموظف فقط من الناحيتين الصحية والنفسية، وإنمـا هي لمصلحة الادارة كذلك، لأن الموظف بعدها يكون أحسن حالاً وأهدأ بـالاً، فيقدم لـلادارة عملاً أفضل وإنتاجاً أوفر.

وتعتبر الأجازة السنوية المأجورة من أهم حقوق الموظف العام في مختلف بلاد العالم، لذلك يجب السماح بها ولو جزئياً في جميع الأحوال واذا لم يحصـل الموظف على إجازته الدوريـة خلال سنـة أو أكثر فله أن يحتفظ بـرصيده منهـا، فتجيز لـه القوانين في الغالب تجميعها على أن لا يتجاوز ما يستخدم منها في السنة الـواحدة حداً أقصى معيناً يتمثل غالباً في ثلاثة أشهر، وذلك حتى لا يتأثر العمل بطول فترة الانقطاع.

ولا يستحق الموظف أجازتـه الدوريـة إلا عن المدد التي يقضيهـا في العمل لدى الإدارة فعلاً، باستثناء حالة الأجازات المرضية، فالمدد التي يقضيها الموظف في إعارة أو في اجازة دراسية. . . لا يستحق عنها إجازة دورية.

ولا يقوم الموظف بأجازته الدورية إلا بعد أن تصـرح له الادارة بهـا وتحدد موعدها، وذلك لتقوم بالتنسيق بين أجـازات الموظفين وتحافظ على استمرار العمل

(١) اللائحة التنفيذية رقم ١٠ للمادة ٢٨ من نظام الخدمة المدنية السعودي.

في الادارة، وللجهة الادارة عند الضرورة استدعاء الموظف وقطع أجازته السنوية قبل نهاية مدتها.

أما عن مدة الأجازة السنوية فتختلف في حدود معينة باختلاف الأقدمية والعمر، فهي لا تجاوز الشهر في العادة بالنسبة للموظفين الجدد، ولكنها تزيد لطول مدة الخدمة أو كبر سن الموظف وقد تصل الى شهرين، بل وتصل الى ثلاثة أشهر أو أكثر بالنسبة لبعض طوائف الموظفين كالمدرسين نظراً لتعطل الدراسة خلال أشهر الصيف[1]

جـ ـ **الأجازة المرضية**: الانسان مهما بلغت سلامة جسمه ووفرة صحته عند تعيينه في الوظيفة العامة معرض للمرض في أي لحظة، والمرض المؤثر في مجال الوظيفة هو ذلك الذي يمنع أو يعوق القيام بواجبات الوظيفة دون إضرار بصاحبه وبالآخرين. وتعترف القوانين للموظف المريض بالحق في الراحة والحصول على أجازة مرضية للمدة الكافية للشفاء في الحدود المعقولة، وذلك رعاية لصحة الموظف حتى يعود الى حالته الطبيعية، وحفاظاً على صحة زملائه في العمل والمتعاملين معه من الجمهور في حالة الأمراض المعدية. ويجب على الموظف ابلاغ الادارة بمرضه خلال اليوم الأول من تخلفه عن العمل ما لم يتعذر ذلك لأسباب قهرية، وذلك لاتخاذ اللازم نحو توقيع الكشف الطبي عليه وتكليف غيره بالقيام بأعباء وظيفته.

ومع أن الأصل أن الأجر بمقابل العمل، وأن من لا يعمل لا يستحق أجراً، فإن تأمين حياة الموظف الطبيعية ورعاية شؤونه المعيشية تقتضي منحه أجراً عن مدة أجازته المرضية، وذلك حتى لا يتعرض الموظف وأسرته للخطر في مورد رزقهم بمجرد أن يصاب بالمرض وهو أمر غير مأمون يمكن حدوثه بغتة في أي لحظة ولأي انسان. غير أن الأجازة المرضية المأجورة ـ من ناحية أخرى ـ لا يمكن أن تستمر بلا نهاية أو بغير حد أقصى وإلا تعرضت مصلحة الوظيفة العامة للخطر، لذلك تضع القوانين للأجازة المرضية حدوداً يجب أن لا تتجاوزها، وهذه الحدود قد تتمثل في

---

(١) راجع اللوائح التنفيذية ١، ٢، ٣، ٤، ٥، ٦، ٨ للمادة ٢٨ من نظام الخدمة المدنية السعودي.

عدة أشهر كل بضع سنين، وقد تكون أكثر من ذلك في حالات معينة. وقد تكون الأجازة المرضية كلها مدفوعة الأجر، وقد يكون بعضها الأول بأجر كامل، وبعضها الآخر بأجر جزئي أو بغير أجر. وتجيز بعض القوانين للموظف أن يطلب تحويل أجازته المرضية الى أجازة اعتيادية اذا كان له رصيد منها، وللموظف مصلحة في ذلك على وجه الخصوص اذا طالت أجازته المرضية حتى وصلت القطاع غير المأجور منها[1].

د ـ **الأجازة الخاصة**: هي أجازة بمرتب أو بغير مرتب يعترف بها للموظف لأسباب هامة بعضها يرد في القانون على وجه التحديد وبعضها يترك لتقدير الادارة، وتختلف مدتها باختلاف أسبابها.

وأهم حالات الأجازة الخاصة المأجورة (بمرتب) هي:

١) **أجازة الوضع**: تعترف القوانين للموظفة بالحق في أجازة بمرتب لتضع مولودها وتستعيد صحتها بعد الولادة، ومدتها في المملكة العربية السعودية ستون يوماً[2].

٢) **أجازة الحج**: نظراً لأن الحج فريضة دينية وركن من أركان الاسلام، فإن معظم قوانين البلاد الإسلامية تسمح للموظفين ولمرة واحدة عادة بأجازة مدفوعة الأجر لمدة لا تتجاوز الشهر لأداء مناسك الحج، وفي ذلك تطبيق سليم لمبدأ حرية ممارسة الشعائر الدينية[3].

٣) **أجازة الوفاة**: تستحق الموظفة في بعض القوانين أجازة لفترة عدة وفاة زوجها براتب كامل[4].

٤) **أجازة مخالطة المرضى بأمراض معدية**: تمنح بعض القوانين للموظف الذي يخالط مريضاً بمرض معد أجازة بمرتب ولو لم يكن الموظف مريضاً مخافة نقل

---

(١) راجع اللوائح التنفيذية من رقم ١١ ـ ١٨ للمادة ٢٨ من نظام الخدمة المدنية السعودي.
(٢) انظر اللائحة التنفيذية ٢٣ للمادة ٢٨ من نظام الخدمة المدنية السعودي.
(٣) راجع المادة ٧١ من قانون العاملين المصري.
(٤) انظر اللائحة ٢٤ للمادة ٢٨ من نظام الخدمة المدنية السعودي.

العدوى الى العاملين معه من الموظفين أو المتعاملين معه من الجمهور[1].

وأهم حالات الأجازة الخاصة بدون مرتب هي :

أ - **أجازة مرافقة الزوج :** إن احترام العلاقة الزوجية والحفاظ على روابط الأسرة يقتضي السماح لأحد الزوجين بمرافقة الآخر اذا رخص له بالسفر الى الخارج لمدة غير قصيرة، سواء أكان السفر للعمل أم للدراسة أو للعلاج أو لأي سبب مشروع آخر، لذلك تسمح معظم القوانين للموظف أو الموظفة باجازة بغير مرتب لمرافقة الزوج في الخارج. وتجعل بعض القوانين أجازة مرافقة الزوج حقاً يجب أن تستجيب له الادارة في جميع الأحوال، ودون أن تكون لها سلطة تقديرية في ذلك، ودون وضع حد أقصى لها، ودون تفرقة بين الزوج والزوجة[2].

ب - **اجازة رعاية الأطفال :** من واجبات الدولة حماية الأمومة والطفولة، وفي اطار تنفيذ هذا الواجب تقضي قوانين الموظفين في بعض البلاد باستحقاق الموظفة اجازة بدون أجر تتفرغ خلالها لرعاية طفلها، وقد تضع لها بعض الضوابط والقيود كأن تجعلها بحد أقصى عامين في المرة الواحدة ولثلاث مرات طوال حياتها الوظيفية[3]. وتجيز بعض القوانين فضلاً عن ذلك الترخيص للموظفة بالعمل نصف أيام الأسبوع مقابل نصف أجرها حتى تتمكن من رعاية شؤون أسرتها وأطفالها اذا كانت ظروفها تقتضي ذلك[4].

جـ - **الأجازة الدراسية :** تشجع بعض القوانين الموظفين على الاستزادة من العلم والحصول على الشهادات الدراسية، فتجيز منح الموظف أجازة دراسية بدون مرتب بشروط خاصة، وفي الوقت ذاته تعطى للموظف الحق في التغيب عن عمله براتب كامل المدة اللازمة لأداء الامتحان الدراسي بشرط أن يقدم ما يثبت أداء الامتحان ومدته كما هو الحال في المملكة العربية السعودية[5]، بينما تقتصر بعض

---

(١) انظر المادة ٣/٧١ من قانون العاملين المصري.

(٢) راجع المادة ٦٩ من قانون العاملين المصري.

(٣) المادة ٧٠ من قانون العاملين المصري.

(٤) المادة ٧٢ من قانون العاملين المصري.

(٥) راجع اللوائح التنفيذية ٩، ١٩، ٢٠، ٢١ للمادة ٢٨ من نظام الخدمة المدنية السعودي.

القوانين الأخرى على مجرد النص على جواز منح الموظف أجازة بدون مرتب لأداء الامتحانات الدراسية[1].

د ـ الأجازة المستندة الى سبب معقول: يصعب على القوانين حصر كافة الأسباب المبررة لمنح أجازة خاصة بغير مرتب، اذ أن الأسباب متعددة متنوعة، فقد يطلب الموظف هذه الأجازة للقيام بمشروع خاص يخشى فشله فلا يريد قطع علاقته بوظيفته قبل التحقق من نجاحه، وقد تهدف الى الدراسة والحصول على الشهادات العلمية في البلاد التي لا تسمح قوانينها بالأجازة الدراسية، وقد تكون لملل العمل الوظيفي لدرجة أصبحت حالته النفسية لا تسمح له بالاستمرار فيه . . . الى غير ذلك من الأسباب التي يترك تقديرها للادارة التي تراعي في الاستجابة لها أهمية السبب وظروف العمل[2].

٢ ـ الوقف عن العمل:

الوقف عن العمل هو منع الموظف عن ممارسة أعمال وظيفته جبراً عنه وبصفة مؤقتة، مع احتفاظه بصلته الوظيفية. وهو ثلاثة أنواع[3] هي: الوقف بقوة القانون، والوقف كاجراء احتياطي، والوقف كجزاء تأديبي.

أ ـ الوقف بقوة القانون: يوقف الموظف عن عمله بقوة القانون بمجرد حبسه، طيلة مدة الحبس، لأن الحبس عقوبة مادية تحول دون قيام الموظف باداء عمله الوظيفي.

ب ـ الوقف كإجراء احتياطي: تخول القوانين لادارة جهة العمل سلطة وقف الموظف عن العمل لمدة لا تتجاوز حداً معيناً كإجراء احتياطي، اذا كان متهماً في جريمة تأديبية واقتضت مصلحة التحقيق ذلك.

جـ ـ الوقف كجزاء تأديبي: الجزاءات التأديبية التي توقع على الموظفين

---

(١) من ذلك المادة ٣/٦٩ من قانون العاملين المصري.

(٢) راجع المادة ٢/٦٩ من قانون العاملين المصري، واللائحة التنفيذية ٢٢ للمادة ٢٨ من نظام الخدمة المدنية السعودي.

(٣) راجع تفصيل هذه الأنواع في القانون الاداري للدكتور ماجد الحلو، ص ٢٦٩ وما بعدها.

متعـددة، تتدرج من الانـذار أو التنبيه الى الفصـل من الخدمـة، ومن بـين هـذه الجزاءات الوقف عن العمل لمدة لا تجاوز حداً معيناً يحدده القانون[1].

رابعاً ـ حقوق الموظف العام:

أهم حقوق الموظف العام غير الأجازات ، المرتب، والعـلاوة، والترقيـة. ونتكلم عنها فيما يلي:

المرتب:

المرتب هو مبلغ من المال يتقاضاه الموظف من خزانة عامة بصفة منتظمة كل فترة محددة تقدر عادة بالشهر مقابل ما يؤديه من خدمات وظيفية.

ويعتبر المرتب هو الحق الأساسي والأول للموظف، بل هو السبب الرئيسي للالتحاق بالوظائف. ومن النادر أن نجد موظفاً لا يتقاضى مـرتباً[2]. ومـع ذلك فإن بعض الموظفين يتقاضى مكافأة رمزية من الدولة فحسب، كـما هو الشـأن في العمد في مصر، وبعضهم يتقاضى مقابلاً من الأفراد الذين يقدم لهم خدماته، كما هو الشأن في المأذون والحانوتي.

وتضع القوانين لكل درجة أو وظيفة مرتباً معيناً، تراعى في تحديد مقـداره اعتبارات متعددة أهمها درجة التأهيل المستلزم، ومدى المجهود المتـطلب، وحالـة سوق العمل.

ويتكـون المرتب من عنـاصر أو مفردات متعـددة أهمها الـراتب الأساسي، والرواتب الاضافية التي تتخذ أسماء متعددة، منها البدلات كبـدل المخاطـر وبدل التفرغ وبدل الانتداب وبدل النقل، ومنها المكافآت التشجيعية والاستثنائية. وقد

---

(١) يصرف للموظف المكفوف اليد ومن في حكمه نصف صافي راتبه فإذا برىء أو عوقب بغير الفصل يصرف له الباقي من راتبه. أما إذا عوقب بالفصل فلا يستعاد ما صرف له ما لم تقـرر الجهة التي أصدرت قرار العقوبة غير ذلك. ويعتبر الموظف المحبوس احتياطياً في حكم مكفوف اليد (المادة ١٩ من نظام الخدمة المدنية السعودي ولائحتها التنفيذية).

(٢) من ذلك مشايخ الحصص في القرى المصرية، فهم موظفون عموميون بغير راتب.

يضاف الى ذلك بعض المزايا العينية كالسكن والخدمات الصحية. وفضلاً عن ذلك يمنح الموظف تعويضاً عن الأعمال الاضافية التي يكلف بها في غير أوقات العمل الرسمية، وعن الجهود غير العادية والخدمات الممتازة التي يؤديها. كما أن له أن يسترد النفقات التي يتحملها في سبيل أعمال وظيفته. وفي الوقت ذاته يخضع مرتب الموظف لعدة استقطاعات أو انتقاصات كتلك المتصلة بالضرائب وحصص معاش التقاعد. ويستحق الموظف مرتبه من تاريخ استلامه العمل، ولطوال مدة الخدمة، باستثناء بعض الفترات التي لا يستحق عنها راتباً رغم قيام الرابطة الوظيفية، كما في حالة الأجازة بدون مرتب أو في بعض حالات الوقف عن العمل أو في حالة صدور قرار أو حكم بالخصم من المرتب كجزاء تأديبي. وبعد نهاية الخدمة الوظيفية يحصل الموظف على معاش أو مرتب تقاعد اذا توفرت فيه شروط استحقاقه التي أهمها سبق استقطاع نسبة مئوية من المرتب في أثناء الخدمة خلال مدة لا تقل عن عدد معين من السنين، ولا ينتهي الحق في المعاش بمجرد وفاة صاحبه وإنما ينتقل معظم مقداره الى مستحقيه من الورثة، واذا لم تتوفر شروط استحقاق المعاش يمنح الموظف عن كل سنة من سنوات الخدمة مبلغاً من المال كمكافأة تعادل في العادة شهراً أو أكثر عن كل سنة من سنوات الخدمة.

ونظراً لأهمية المرتب في حياة الموظف الذي غالباً ما يعتمد وأسرته عليه في معاشه، فقد حرم القانون اجراء الخصم من المرتب أو توقيع الحجز عليه إلا وفاء لنفقه محكوم بها من القضاء، أو لأداء ما يكون مطلوباً للحكومة بسبب يتعلق بأداء الوظيفة، ولا يجوز أن يتجاوز الخصم نسبة معينة من المرتب هي الربع في القانون المصري[١]، والثلث ما عدا دين النفقة في نظام الخدمة المدنية السعودي[٢].

---

(١) راجع المادة الأولى من القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥ م المصري معدلة بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٢ م.

(٢) انظر المادة ٣٠ من هذا النظام، وراجع فيه أيضاً المرتب وما يعلق به في المواد ١٦، ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٤، ٢٥، ٢٦، ٢٧ ولوائحها التنفيذية.

العلاوة:

العلاوة مبلغ من المال، يزاد باضافته مقدار المرتب الأساسي للموظف. وهي نوعان: علاوة دورية أو عادية، وعلاوة تشجيعية أو استثنائية.

والعلاوة الدورية تستحق بصفة دورية كل سنة، وتختلف باختلاف درجة الموظف. أما العلاوة التشجيعية فتعادل العلاوة الدورية، وتكون بقرار من السلطة المختصة تشجيعاً للموظف ومكافأة له، ولا يؤثر منحها في استحقاق العلاوة الدورية أو الترقية، ويشترط لمنحها:

(١) أن تكون كفاية الموظف قد حددت بتقدير ممتاز في العامين الأخيرين.
(٢) أن لا يمنح الموظف في خلال سنتين أكثر من علاوة تشجيعية واحدة.
(٣) أن لا يزيد عدد الموظفين الذين يمنحون هذه العلاوة في سنة واحدة على ١٠ ٪ من عدد موظفي كل مرتبة[١].

الترقية:

الترقية هي منح من يستوفي الشروط من الموظفين الدرجة الأعلى من درجته مباشرة بقرار من السلطة المختصة استناداً الى الأقدمية أو الاختيار أو الاختبار.

وشروط الترقية[٢] هي:

(١) أن تكون الترقية للدرجة التالية مباشرة للدرجة التي يشغلها الموظف.
(٢) أن تكون الترقية لوظيفة شاغرة.
(٣) أن تكون ترقية الموظف لوظيفة من ذات مجموعة الوظائف النوعية التي تتدرج فيها وظيفته.
(٤) أن تتوفر في الموظف المراد ترقيته شروط شغل الوظيفة الشاغرة.
(٥) أن يجتاز الموظف بنجاح التدريب الذي تتيحه له الادارة التي يعمل بها.

---

(١) انظر المادة ٥٥ من قانون العاملين المصري، والمادة ١٧، ١٨ من نظام الخدمة المدنية السعودي ولوائحها التنفيذية.

(٢) راجع تفصيلها في القانون الاداري د. ماجد الحلو، ص ٢٩٠ وما بعدها.

(٦) أن يكون الموظف قد أمضى الحد الأدنى للمدة المقررة للبقاء في الدرجة التي يشغلها قبل الترقية.
(٧) أن يكون الموظف على مستوى لائق من الكفاءة في عمله يبرر ترقيته.
(٨) أن يجتاز الموظف الامتحان الذي قد تستلزمه القوانين أو اللوائح للترقية لبعض الوظائف في الدرجة الأعلى.

وأنواع الترقية ثلاثة هي: الترقية بالأقدمية، والترقية بالاختيار، والترقية بالاختبار. وكلها تستند ـ الى جانب توفر الشروط الأخرى ـ الى عنصرين أساسيين هما عنصر مدة الخدمة وعنصر كفاءة الموظف، ولكن بنسب متفاوتة»[١].

خامساً ـ واجبات الموظف العام[٢]:

تورد بعض القوانين مجموعة كبيرة من واجبات الموظف، بعضها ايجابي يقتضي منه أداء أعمال معينة، وبعضها سلبي يستلزم الامتناع عن القيام ببعض الأعمال التي تعتبر من المحظورات عليه[٣]، ويمكن جمع هذه الواجبات بنوعيها في أربعة واجبات هي: أداء العمل، وطاعة الرؤوساء، وحسن الخلق المهني، وحسن السلوك العام. ونبحثها فيما يلي:

(١) أداء العمل:

إن أول واجب من واجبات الموظف العام هو أن يؤدي أعمال وظيفته بدقة وأمانة، وعليه أن يقوم بها بنفسه ولا يفوض غيره فيها إلا اذا أجاز له القانون ذلك، وأن يخصص أوقات العمل الرسمية لأداء واجبات وظيفته وأن لا يتغيب عن العمل بغير عذر مقبول في أي وقت من أوقاته، وحتى حين يقدم استقالته يجب أن يستمر في العمل الى أن تقبل استقالته صراحة أو ضمناً.

ويحظر على الموظف الجمع بين وظيفته وأي عمل آخر مأجور، سواء أكان

---

(١) راجع تفصيل ذلك في مرجع الهامش السابق، ص ٢٩٣ وما بعدها.
(٢) د. ماجد الحلو في القانون الاداري، ص ٩٧ وما بعدها.
(٣) راجع المواد ١١، ١٢، ١٣، ١٤، ١٥ من نظام الخدمة المدنية السعودي ولوائحها التنفيذية، وانظر أيضاً المادة ٧٦، ٧٧ من قانون العاملين المصري.

هذا العمل لدى جهة عامة أم جهة خاصة. فاذا كان العمل لدى جهة عامة فلا شك أنه مما يفوق طاقة الموظف العادي أن يعمل في وظيفتين في وقت واحد، واذا كان العمل لدى جهة خاصة فإن القانون يحرم على الموظف العمل بمقابل لدى الغير إلا باذن خاص، نظراً لما يجب أن يتمتع به الموظف من استقلال ونزاهة، ورغبة في احتفاظ الموظف بجهده لبذله في أعمال وظيفته.

وبالنسبة للمشروعات الخاصة يحظر على الموظف ممارسة الأعمال التجارية، نظراً للمخاطر التي يمكن أن تؤدي اليها. أما استثمار أمواله بأساليب لا تعد تجارية فأمر جائز قانوناً.

ويسمح القانون لبعض الموظفين كالأطباء والمهندسين استثناء بممارسة أعمالهم المهنية في غير أوقات العمل الرسمية، وذلك لندرتهم وحاجة البلاد الى مهنهم.

(٢) طاعة الرؤساء:

تعتبر طاعة الرؤساء من أهم الواجبات التي تقع على عاتق الموظفين، وذلك لأن السلطة الرئاسية في مظاهرها المختلفة يمارسها رؤساء لهم من أقدميتهم في الخدمة ما يجعلهم أكثر ادراكاً للعمل وحاجاته، وبالتالي أكثر ادارية وقدرة على مواجهة وحل مشاكله. وذلك فضلاً عن أن الرئيس هو المسؤول الأول عن سير العمل وتوزيعه في الوحدة التي يرأسها. فالطاعة في هذا المجال أمر تمليه طبائع الأمور.

والطاعة تحقق وحدة الجهاز الاداري الذي يقوم على أساس التدرج الهرمي والذي يفترض في قمته وجود رئيس واحد.

وسلطة الرئيس على مرؤوسيه واسعة عميقة، فهي واسعة تشمل كافة أعمال المرؤوس الوظيفية. وهي عميقة لا تتوقف عند حد اصدار الأوامر والتعليمات الى المرؤوس، وإنما تصل الى إلغاء أعماله أو تعديلها أو الاحلال محله في القيام بها، ما لم ينص القانون استثناء على خلاف ذلك.

وليس للموظف أن يخالف أمر رئيسه في مجال العمل إلا إذا كان تنفيذ هذا

الأمر ينطوي على ارتكاب جريمة جنائية. أما اذا كانت المخالفة التي يتضمنها تنفيذ الأمر تشكل جريمة تأديبية فحسب، فإن الموظف لا يعفى من الجزاء استناداً الى أمر رئيسه إلا اذا أثبت أن ارتكابه للمخالفة كان تنفيذاً لأمر مكتوب بذلك صادر اليه من هذا الرئيس بالرغم من تنبيهه كتابة الى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر وحده.

ولا يضير الموظف أن تكون له وجهة نظر معينة في المسألة التي يدافع عنها ويجتهد في اقناع رئيسه للأخذ بها، ما دام يفعل ذلك بحسن نية في سبيل المصلحة العامة. ولا جناح عليه أن يختلف مع رئيسه في وجهات النظر لأن الحقيقة دائماً وليدة اختلاف الرأي، لا يجليها إلا قرع الحجة بالحجة، ومناقشة البرهان بالبرهان، وإنما ليس له أن يخالف ما استقر عليه رأي الرئيس نهائياً أو يقيم العراقيل في سبيل تنفيذه، اذا أصبحت الطاعة واجبة بعد أن خرجت المسألة من دور البحث الى دور التنفيذ. كما أن اختلاف المرؤوس مع رئيسه في الرأي يجب أن لا يخرج عن حدود الأدب واللياقة وحسن السلوك والاحترام الواجب نحو الرئيس، فخروج الموظف عن هذه الحدود في تعامله مع رئيسه يعتبر مخالفة تعرضه للجزاء التأديبي.

(٣) حسن الخلق المهني:

يعتبر حسن الخلق أهم صفة يمكن أن يتصف بها الانسان بصفة عامة، سواء من حيث نتائجها العاجلة في الدنيا أم عواقبها الآجلة في الآخرة. واذا كان الأصل أن يترك للانسان حرية اتخاذ الموقف الذي يرتضيه من قواعد الأخلاق، فإن بعض هذه القواعد ينقلب بحكم القانون واستجابة لضرورات الحياة المشتركة في المجتمع الى واجبات يعاقب على الاخلال بها. وفي اطار القانون الاداري يقع على عاتق الموظف عدد من هذه الواجبات التي تتصل بحسن الخلق المهني، ويتطلبها نجاح أمر الوظيفة العامة. ومن أهم هذه الواجبات:

أ ـ كتمان سر المهنة.

ب ـ حسن التعامل الوظيفي، بأن يحسن معاملة العاملين معه من الموظفين

ويتعاون معهم في انجاز الأعمال المنوطة بهم. وأن يحسن معاملة الجمهور الذي يتعامل معه ويسهل له الحصول على الحاجة التي توفرها الجهة التي يعمل بها، دون وضع العراقيل، أو تأخير الخدمة، أو استلزام الرشوة في مقابل أداء أعمال وظيفته أو الاخلال بها.

جـ ـ صيانة أموال الدولة.

(٤) حسن السلوك العام:

إن حسن السير والسلوك العام ليس شرطاً لتولي الوظائف العامة فحسب، وإنما هو كذلك شرط للاستمرار فيها، فهو شرط ابتداء وبقاء. ولا تقتصر مسؤولية الموظف عما يقع منه من أعمال في مباشرته لوظيفته، وإنما يسأل كذلك تأديبياً عما قد يرتكبه خارج اطار وظيفته باعتباره فرداً من أفراد الناس، فهو مطالب دائماً بالحرص على اعتبار الوظيفة التي ينتمي اليها حتى ولو كان بعيداً عن نطاق أعمالها، ولا يجوز أن يصدر منه ما يمكن أن يعتبر مناقضاً للثقة الواجبة فيه، والاحترام المطلوب له، والذي هو عدته في التمكين لسلطة الادارة وبث هيبتها في النفوس.

سادساً ـ تأديب الموظف العام[1]:

اخلال الموظف بواجبات وظيفته يعد خطأ من شأنه اثارة المسؤولية التأديبية للموظف. وهذا الخطأ نفسه يمكن أن يؤدي ـ فضلاً عن ذلك ـ الى اثارة نوعين آخرين من المسؤولية، هما: المسؤولية الجنائية، والمسؤولية المدنية. فالمسؤولية الجنائية تظهر الى جانب المسؤولية التأديبية في كثير من الجرائم كالاختلاس والتزوير والسرقة، وفي هذه الحالة يستحق الموظف عقاباً جنائياً الى جانب العقاب التأديبي. وأما المسؤولية المدنية فتترتب على الخطأ التأديبي اذا نتج عنه ضرر للادارة أو للغير، فيتحمل الموظف عبء تعويض هذا الضرر اذا كان الخطأ شخصياً وليس مرفقياً، إذ لا يسأل الموظف مدنياً إلا عن خطئه الشخصي.

ويمكن تعريف الجريمة التأديبية بأنها اخلال الموظف بواجبات وظيفته.

---

(١) راجع تفصيل ذلك في القانون الاداري د. ماجد الحلو، ص ٣٠٦ وما بعدها.

والجرائم التأديبية ليست محددة على سبيل الحصر، فكل عمل ايجابي أو سلبي يقع من الموظف عند ممارسته أعمال وظيفته ولو غير منصوص عليه يعتبر ذنباً تأديبياً، اذا كان لا يتفق مع واجبات الوظيفة.

وتستقل الجريمة التأديبية عن الجريمة الجنائية من حيث نظامها القانوني، فالجريمة التأديبية قوامها مخالفة الموظف لواجبات وظيفته ومقتضياتها وكرامتها، بينما الجريمة الجنائية هي خروج على المجتمع فيما تنهي عنه القوانين الجنائية، وهذا الاستقلال قائم حتى ولو وجد ارتباط بين الجريمتين التأديبية والجنائية.

والعقوبات التأديبية هي الجزاءات التي توقع على مرتكبي الجرائم التأديبية من الموظفين، وهذه العقوبة ذات طبيعة أدبية أو مالية أو مهنية للعلاقة الوظيفية، وهي تحدد على سبيل الحصر في قوانين الموظفين، بحيث لا يمكن توقيع عقوبة ليست من بينها، لما في ذلك من مخالفة لمبدأ شرعية العقوبة. ويجب أن تتناسب العقوبة الموقعة مع المخالفة المرتكبة من حيث الجسامة بحيث لا يشوبها غلو أو مبالغة. كما يجب أن لا توقع أكثر من عقوبة تأديبية عن نفس المخالفة الا اذا أجاز القانون ذلك. والجزاءات التأديبية متعددة، ورغم اختلاف تعدادها وتصنيفها من قانون لآخر، فإنها تنحصر عادة في: الإنذار[1]، والوقف عن العمل، والخصم من المرتب أو خفضه، والحرمان من العلاوة مؤقتاً أو نهائياً، وخفض الدرجة، وانهاء الخدمة.

وتوزع القوانين السلطات التأديبية التي توقع الجزاء على من يخالف واجبات وظيفته بين الجهة الادارية التي يعمل بها الموظف وبين المحاكم التأديبية.

ويتمتع الموظف في مجال التأديب بعدد من الضمانات التي لا بد منها لتأمين عدالة العقوبة التأديبية وبث الطمأنينة في نفس المتهم، وأهم هذه الضمانات: اجراء التحقيق، وحق الدفاع، وتسبب الجزاء، وجواز الطعن فيه أو التظلم منه.

---

(١) وهي عقوبة أدبية تحمل معنى التنبيه واللوم معاً.

سابعاً ـ انتهاء خدمة الموظف العام[1]:

أسباب انتهاء الخدمة في الوظائف العامة[2] هي: بلوغ سن التقاعد، وعدم اللياقة الصحية، والاستقالة، والفصل التأديبي، والفصل لعدم الثقة، والفصل لنقص الكفاءة، وفقد الجنسية، والحكم على الموظف جنائياً، والغاء الوظيفة، والوفاة. ونبينها فيما يلي:

(١) بلوغ سن التقاعد:

تتفق قوانين الموظفين في العالم على وجوب تحديد سن معينة يتقاعد الموظف ببلوغها ويترك الخدمة، وفي ذلك تحقيق للمصلحة العامة باستبدال الشباب بالشيوخ من الموظفين، واشفاق على الموظفين باعفائهم من جهد الوظيفة في شيخوختهم.

وتختلف القوانين فيما بينها في تحديد سن التقاعد أو الاحالة الى المعاش، وإن كان معظمها يحدده بستين عاماً من العمر. ويستثني القانون أحياناً بعض فئات الموظفين فيرفع سن التقاعد بالنسبة لهم بمقدار معين كما هو الشأن بالنسبة لأئمة المساجد وموظفيها في مصر، وكما هو الحال بالنسبة لمن يزال يعيل أولاداً في فرنسا. ويجيز بعض القوانين مد خدمة الموظف بعد بلوغ سن التقاعد بقرار من السلطة المختصة بما لا يجاوز بضع سنين كما هو الحال في المملكة العربية السعودية حيث يجوز مد خدمة الموظف حتى اكماله سن الخامسة والستين.

وببلوغ سن التقاعد تنتهي خدمة الموظف بقوة القانون، ويعتبر القرار الصادر بالاحالة الى التقاعد أو المعاش قراراً كاشفاً وليس منشئاً لوضع قانوني جديد. ويصرف للموظف راتبه الى اليوم الذي تنتهي فيه خدمته ببلوغ سن المعاش.

---

(١) د. ماجد الحلو في القانون الاداري، ص ٣٣٣ وما بعدها.

(٢) راجع المادة ٩٤ من قانون العاملين المصري، والمادة ٣٠ من نظام الخدمة المدنية السعودي ولوائحها التنفيذية.

(٢) عدم اللياقة الصحية :

يستلزم أداء الخدمة الوظيفية أن يتمتع الموظف بحد أدنى من اللياقة الصحية حتى يتمكن من النهوض بأعبائها، وفي ذلك مراعاة للمصلحة العامة وحفاظاً على مصلحة الموظف في نفس الوقت. وتثبت عدم اللياقة للخدمة صحياً بقرار من الهيئة الطبية المختصة، يصدر بناء على طلب الموظف نفسه أو الجهة الادارية المختصة. ولا يجوز انهاء خدمة الموظف قبل نفاد الأجازات المرضية والاعتيادية المستحقة له، إلا بموافقته. والأصل أن تنتهي خدمة الموظف من تاريخ صدور قرار بإنهاء الخدمة من السلطة الادارية استناداً الى قرار الهيئة الطبية المختصة بعدم اللياقة الصحية، إلا اذا حدد القانون تاريخاً آخر. ويستحق الموظف راتبه الى تاريخ ابلاغه بقرار انتهاء الخدمة لعدم اللياقة الصحية.

(٣) الاستقالة :

الاستقالة هي انهاء خدمة الموظف بناء على طلبه أو لاتخاذه موقفاً معيناً يعتبره القانون بمثابة استقالة. وهي نوعان: صريحة، وضمنية.

أ - **الاستقالة الصريحة**: هي الطلب الذي يتقدم به الموظف معبراً عن رغبته في ترك الخدمة الوظيفية بصفة نهائية. ويشترط فيها:

١ - أن تكون مكتوبة.

٢ - أن تكون خالية من أي قيد أو شرط، وإلا اعتبرت كأن لم تكن، إلا اذا تضمن قرار قبول الاستقالة اجابة الموظف الى طلبه.

٣ - أن لا تكون قد اتخذت ضد الموظف اجراءات تأديبية لم تنته بعد، حتى لا يفلت الموظف بها من العقاب.

٤ - أن لا يقدم طلب الاستقالة تحت تأثير إكراه مادي.

٥ - أن لا يرجع الموظف عن طلب الاستقالة من وقت تقديمها الى حين قبولها.

٦ - أن يستمر الموظف مقدم الاستقالة في عمله الى أن تقبل الاستقالة صراحة، أو ضمناً بمضي مدة معينة من تاريخ تقديمها يختلف مقدارها من قانون لآخر، ولا يعتد بمضي المدة إلا بتوفر أمرين؛ **أولهما**: أن لا تقرر الادارة خلالها

ارجاء قبول الاستقالة مراعاة لمصلحة العمل. **وثانيهما**: أن لا تكون الاستقالة معلقة على شرط أو مقيدة بقيد.

فاذا توفرت كل الشروط السابقة كانت الادارة مخيرة بين أمرين:

* إما قبول الاستقالة صراحة باصدار قرار بذلك، أو ضمناً بعدم الرد خلال المدة التي تحددها القوانين.
* وإما إرجاء قبول الاستقالة لأسباب تتعلق بمصلحة العمل، إما لمدة محددة كما تقضي بعض القوانين[1] أو لمدة غير محددة كما تقضي بعض القوانين الأخرى.

أما رفض قبول الاستقالة رغم توفر شروطها فلا يحق للادارة إلا في حالة الضرورة وقيام ظروف استثنائية تبرر ذلك، لأن الاستقالة في الأصل حق للموظف الذي يجب أن لا يلزم بالبقاء في وظيفته إذا فقد الرغبة فيها.

ويستحق الموظف أجره الى تاريخ صدور قرار بقبول الاستقالة، أو انقضاء المدة التي تعتبر الاستقالة بعدها مقبولة.

ب ـ الاستقالة الضمنية: أو الحكمية أو الاعتبارية أو الافتراضية ـ هي استقالة يفترضها القانون في حالة اتخاذ الموظف لمواقف معينة بحيث يعتبر اتخاذ موقف منها ـ في حكم القانون ـ بمثابة تقديم الاستقالة[2]. وتتحقق الاستقالة الضمنية في:

١ ـ حالة الانقطاع عن العمل: يعتبر الموظف مقدماً استقالته اذا تغيب عن العمل مدة معينة دون إذن سابق أو عذر مقبول، رغم انذاره بعد فوات ثلث المدة[3].

---

(١) وهذه المدة في قانون العاملين المصري لا تزيد عن أسبوعين بالاضافة الى الثلاثين يوماً المتعلقة بالقبول الضمني، وفي اللوائح التنفيذية لنظام الخدمة المدنية السعودي لا تزيد عن ستة أشهر.

(٢) يجب عدم الخلط بين الاستقالة الضمنية بهذا المعنى وبين القبول الضمني للاستقالة المستفاد من سكوت الادارة عن الرد على طلب الاستقالة خلال مدة معينة.

(٣) وهذه المدة خمسة عشر يوماً متتالية أو ثلاثون يوماً غير متصلة في قانون العاملين المصري (م ٩٨)، وهي خمسة عشر يوماً في اللوائح التنفيذية لنظام الخدمة المدنية السعودي (م ١٢/٣٠).

٢ ـ **الالتحاق بخدمة جهة أجنبية**: يعتبر الموظف مقدماً استقالته في بعض القوانين[١] إذا التحق بخدمة أية جهة أجنبية بغير ترخيص من الحكومة.

وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في حالات الاستقالة الضمنية، فلها أن تعتبر الموظف مستقيلاً، ولها أن لا تعتبره مستقيلاً، حسب مصلحة العمل، وإذا قدرت أن لا تعتبره مستقيلاً، كان عليها اتخاذ الاجراءات التأديبية ضده خلال شهر من تاريخ الانقطاع عن العمل أو الالتحاق بالخدمة في جهة أجنبية[٢].

(١) الفصل التأديبي:

تنتهي خدمة الموظف بصدور قرار أو حكم تأديبي بفصله أو بإحالته الى المعاش، وتنتهي الخدمة من تاريخ صدور القرار أو الحكم وصيرورته نهائياً، ما لم يكن الموظف موقوفاً عن العمل فتعتبر خدمته منتهية من تاريخ وقفه.

(٢) الفصل لعدم الثقة:

ويطلق عليه غالباً الفصل غير التأديبي، وقد يسمى أيضاً بالفصل التحكمي أو الإداري أو السياسي، وتعترف به قوانين معظم الدول لرئيس الدولة أو للحكومة إذا كان الصالح العام يقتضي ذلك، وذلك دون حاجة الى محاكمة تأديبية قد لا تسفر عن الفصل من الخدمة كجزاء تأديبي، بل ودون استلزام أن يكون الموظف قد ارتكب خطأ محدداً يستحق منه العقاب. وهنا تبدو خطورة انهاء الخدمة، إذ قد يفاجأ به الموظف بلا ذنب يجازى عليه، ودون تحقيق أو محاكمة.

(٦) الفصل لنقص الكفاءة:

تنتهي خدمة الموظف بالفصل لنقص الكفاءة الوظيفية في حالتين هما: حالة الفصل خلال فترة التجربة، وهذا أمر جوازي للإدارة، وحالة الفصل لحصول الموظف على ثلاثة تقارير متتالية بتقدير ضعيف.

---

(١) كما في قانون العاملين المصري (م ٩٨/٣).

(٢) راجع الفقرة الأخيرة من المادة ٩٨ من قانون العاملين المصري.

(٧) **فقد الجنسية :**

يؤدي فقد الجنسية الى انتهاء خدمة الموظف بقوة القانون من تاريخ صدور قرار سحب الجنسية أو إسقاطها، ويكون ذلك بطبيعة الحال في غير الحالات التي يجوز فيها تولي الأجانب للوظائف العامة بالدولة، كحالة شغل الوظائف المؤقتة أو الوظائف الدائمة بصفة مؤقتة.

وتلحق بعض القوانين بحالة «فقد الجنسية» حالة «انتفاء شروط المعاملة بالمثل بالنسبة لرعايا الدول الأخرى»، ومعنى ذلك أن خدمة الموظف الأجنبي تنتهي إذا منعت دولته توظيف رعايا الدولة التي يعمل بها، أو إذا فقد هو جنسية الدولة التي تعامل رعايا الدولة التي توظفه بالمثل.

(٨) **الحكم على الموظف جنائياً :**

يؤدي الحكم على الموظف جنائياً بحكم نهائي في بعض القوانين الى انتهاء خدمته، وذلك في حالتين :

الأولى : حالة الحكم على الموظف بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، سواء أكانت جناية أم جنحة.

الثانية : حالة الحكم على الموظف بعقوبة جنائية، سواء أكانت الجناية مخلة بالشرف أو الأمانة، أم لم تكن كذلك.

أما اللائحة التنفيذية رقم ١٤ للمادة ٣٠ من نظام الخدمة المدنية السعودي فتقضي على أنه : «يفصل الموظف بقوة النظام في الحالات الآتية :

أ ـ اذا حكم عليه بحد شرعي.
٢ـ إذا حكم عليه بالسجن في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة.
٣ ـ إذا حكم عليه بالسجن لمدة تزيد على سنة».

---

(١) راجع د. ماجد الحلو في القانون الاداري، ص ٣٤٨.

(٩) الغاء الوظيفة:

في النظام السعودي ينقل الموظف الذي تلغى وظيفته الى وظيفة تماثلها في المرتبة بنفس الوزارة أو المصلحة، فإذا لم يتيسر ذلك ينقل الى وظيفة أدنى بشرط أن لا يضار مالياً، فإذا لم توجد وظيفة شاغرة أو رغب عن الانتقال تنتهي خدمته[١].

ويقصر القانون المصري إنهاء الخدمة على الوظيفة المؤقتة وحدها، وهي تنتهي بطبيعتها بانتهاء مدتها أو بإنجاز الهدف الذي أقيمت من أجله أما إلغاء الوظيفة الدائمة فلا يؤدي الى إنهاء الخدمة، حتى لا يضار الموظف من جراء هذا الالغاء دون ذنب من ناحيته[٢].

(١٠) الوفاة:

وأخيراً تنتهي خدمة الموظف قبل بلوغ سن التقاعد بالموت، وهذا لا يحتاج الى بيان[٣].

---

(١) انظر اللائحة التنفيذية ٦ للمادة ٣٠ / جـ من نظام الخدمة المدنية السعودي.

(٢) د. ماجد الحلو في القانون الاداري، ص ٣٤٩، ٣٥٠.

(٣) وقد رأى قانون العاملين المصري ـ تكريماً للموظف الذي يتوفى بالخدمة ومساعدة لأسرته ـ أن تتكفل الدولة بنصيب من نفقات جنازته. فنص في المادة ١٠١ منه على أنه: «إذا توفى العامل وهو بالخدمة يصرف ما يعادل أجر شهرين كاملين لمواجهة نفقات الجنازة، بحد أدنى خمسون جنيهاً للأرامل أو لأرشد الأولاد أو لمن يثبت قيامه بصرف هذه النفقات».

الباب السابع

الهبة والعارية والوديعة

الفصل التاسع عشر

الهبة

(تعريفها، مشروعيتها، أركانها، شروطها، قبض الهبة في الفقه الإسلامي، شكل الهبة في القانون، التبرع بكل المال، الثواب على الهدية، التزامات الواهب والموهوب له في القانون، حرمة تفضيل بعض الأبناء في العطاء والبر، الرجوع في الهبة).

تعريفها:

الهبة في اللغة: مأخذوة من هبوب الريح أي مرورها. وتطلق ويراد بها التبرع والتفضل على الغير سواء أكان بمال أم بغيره[1].

والهبة في الفقه الإسلامي: تمليك الانسان ماله لغيره في الحياة بلا عوض[2]. ومن ثم فإذا أباح الانسان ماله لغيره لينتفع به ولم يملكه إياه كان إعارة، وإذا أهدى ما ليس بمال كميتة فإن هذا لا يكون هدية، وإذا لم يكن التمليك في الحياة بل كان مضافاً الى ما بعد الموت كان ذلك وصية، وإذا كانت بعوض كانت بيعاً، وتسمى هبة الثواب، أي الدنيوي، ويجري فيها حكم البيع، ويشترط حينئذ أن يكون العوض معلوماً، فإذا لم يكن العوض معلوماً بطلت الهبة. والهبة المطلقة لا تقتضي عوضاً، سواء أكانت لمن هو مثله أم لمن هو دونه أو أعلى منه. هذا هو معنى الهبة بالمعنى الأخص، أما معناها بالمعنى الأعم فيشمل:

---

(١) القاموس المحيط للفيروز آبادي، جـ ١، فصل الواو ـ باب الباء، ص ١٤٣.

(٢) فقه السنة للشيخ السيد سابق، جـ ٣، ص ٣٨٨، وانظر أيضاً المغنى لابن قدامة، جـ ٥، ص ٦٤٩.

(١) الإبراء: وهو هبة الدين لمن هو عليه.
(٢) الصدقة: وهي هبة ما يراد به ثواب الآخرة.
(٣) الهدية: وهي ما يلزم الموهوب له أن يعوضه.

والهبة في القانون: عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال لـه دون عوض. ويجوز للواهب، دون أن يتجرد عن نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين[1]. ولا يمنع ذلك من أن يكون العقد هبة، فيصح أن يفرض الواهب على الموهوب له التزاماً لمصلحة الموهوب له نفسـه، كأن يهب لـه مبلغاً من المـال ويلزمه الانفاق منه على تحصيل العلم أو شراء عقار أو بناء مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك[2].

وأحكـام الهبة في القـانون مـأخوذة من الفقـه الإسلامي، لا سيـما المذهب الحنفي.

مشروعيتها:

شرع الله الهبة لما فيها من تأليف القلوب وتوثيق عرى المحبة بـين الناس. فعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «تهادوا تحابوا»[3]، وقد كان النبي ﷺ يقبـل الهدية ويثيب عليها[4]، ويحض على قبولها ولو كانت شيئاً حقيراً[5]، ومن هنا رأى العلماء كراهية ردها حيث لا يوجد مانع شرعي.

أركانها:

أركان الهبة في الفقه الإسلامي، واهب، ومـوهوب لـه، وشيء موهـوب، وصيغة تدل عليها ولو بالأفعال.

---

(١) راجع المادة ٤٨٦ من التقنين المدني المصري، والمادة ٤٥٤ مـدني سوري، وم ٤٧٥ مـدني ليبي، وم ٦٠١ مدني عراقي، وم ٥٠٤ ـ ٥٠٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

(٢) د. السنهوري في الوسيط، جـ ٥، العقود التي تقع على الملكية المجلد الثاني الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح دار احياء التراث العربي فقرة ٤، ص ١٣.

(٣) رواه البخاري وغيره (راجع سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٩٤٤).

(٤) المرجع السابق، جـ ٣، ص ٩٤٠.

(٥) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٩٤٥.

وأركانها في القانون، التراضي، والمحل، والسبب، ويجب في السبب بمعنى الباعث الدافع للواهب على الهبة، أن يكون مشروعاً، وإلا كانت الهبة باطلة بطلاناً مطلقاً[1].

شروطها:

يشترط في كل من الواهب والموهوب له والموهوب شروط معينة نذكرها فيما يلي:

شروط الواهب: يشترط في الواهب في الفقه الإسلامي[2]:

(١) أن يكون مالكاً للموهوب.
(٢) أن لا يكون محجوراً عليه لسبب من أسباب الحجر.
(٣) أن يكون بالغاً.
(٤) أن يكون مختاراً.

ويشترط فيه في القانون[3]: أن يكون أهلاً للتبرع، وهو البالغ الرشيد.

شروط الموهوب له: ويشترط في الموهوب له في الفقه الإسلامي والقانون[4]: أن يكون موجوداً حقيقة وقت الهبة، فإن لم يكن موجوداً أصلاً أو كان موجوداً تقديراً بأن كان جنيناً فإن الهبة لا تصح. ومتى كان الموهوب له موجوداً في أثناء الهبة وكان صغيراً او مجنوناً فإن وليه أو وصيه أو من يقوم بتربيته ولو كان أجنبياً يقبضها له.

شروط الموهوب: ويشترط في الموهوب في الفقه الإسلامي[5]:

---

(١) الوسيط للسنهوري، جـ ٥، فقرة ١١، ص ٢٦ وما بعدهما.
(٢) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٣٩٠.
(٣) الوسيط للسنهوري، جـ ٥، فقرة ٦٠، ص ٩٧ وما بعدهما.
(٤) فقه السنة للسيدة سابق، جـ ٣، ص ٣٩٠، والوسيط للسنهوري، جـ ٥، فقرة ٦٥، ص ١٠٢ وما بعدهما.
(٥) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٣٩١.

(١) أن يكون موجوداً حقيقة.
(٢) أن يكون مالاً متقوماً.
(٣) أن يكون مملوكاً في نفسه، أي يكون الموهوب مما ترد عليه الملكية ويقبل التداول وانتقال ملكيته من يد إلى يد، فلا تصح هبة الماء في النهر ولا السمك في البحر ولا الطير في الهواء ولا المساجد والزوايا.
(٤) أن لا يكون متصلاً بملك الواهب اتصال قرار كالشجر والبناء دون الأرض، بل يجب فصله وتسليمه حتى يملك للموهوب له.
(٥) أن يكون مفرزاً أي غير مشاع لأن القبض فيه لا يصلح إلا مفرزاً، ويرى مالك وأحمد والشافعي وأبو ثور عدم اشتراط هذا الشرط، وقالوا: إن هبة المشاع غير المقسوم تصح. وعند المالكية يجوز هبة ما لا يصح بيعه مثل البعير الشارد والثمرة قبل بدو صلاحها.

ويشترط في الموهوب في القانون[1]: أن يكون موجوداً، معيناً أو قابلاً للتعين، صالحاً للتعامل فيه، مملوكاً للواهب.

قبض الهبة في الفقه الإسلامي[2]

من الفقهاء من يرى أن الهبة تستحق للموهوب له بمجرد العقد ولا يشترط قبضها أصلاً، لأن الأصل في العقود أنها تصح بدون اشتراط القبض، وإلى هذا ذهب الإمام مالك. وبناء على ذلك إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل التسليم فإن الهبة لا تبطل. لأنها بمجرد العقد أصبحت ملكاً للموهوب له.

وقال جمهور الفقهاء ومنهم أبو حنيفة والشافعي وأحمد[3] إن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، فإذا مات الموهوب له أو الواهب قبل القبض بطلت الهبة وذلك لإجماع

(١) الوسيط للسنهوري، جـ ٥، فقرة ٧٥، ص ١١٣.
(٢) المغنى لابن قدامة، جـ ٥، ص ٦٤٩، ومنهج الإسلام في المعاملات المالية د. أحمد عثمان، ص ٢٢٦.
(٣) وفي رواية أخرى لأحمد أن الهبة تلزم بمجرد العقد في غير المكيل والموزون (المغنى لابن قدامة، جـ ٥، ص ٦٥٣).

الصحابة على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة.

شكل الهبة في القانون[1]

يميز القانون في شكل الهبة بين العقار والمنقول. فهبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية، أما هبة المنقول فتتم إما بورقة رسمية وإما بالقبض.

والورقة الرسمية ورقة يحررها موثق للعقود مختص بإحدى مكاتب التوثيق بعد توفر شروط معينة. وهي الشكل الوحيد اللازم لانعقاد هبة العقار. ولكنها ليست الشكل الوحيد لانعقاد هبة المنقول. فكما تنعقد هبة المنقول بالورقة الرسمية يجوز أيضاً أن تنعقد بالقبض، ويغني القبض في هذه الحالة عن الورقة الرسمية فهبة المنقول إما أن تكون عقداً شكلياً إذا انعقدت بورقة رسمية، وإما أن تكون عقداً عينياً إذا انعقدت بالقبض، وإذا لجأ المتعاقدان الى القبض في إبرام هبة المنقول، سميت الهبة عندئذ بالهبة اليدوية.

وجزاء اختلال شكل الهبة في العقار أو المنقول هو البطلان المطلق، والبطلان المطلق لا ينتج أثراً، ولذلك يبقى المال الموهوب ملكاً للواهب يستطيع أن يتصرف فيه كما يريد، ولا ينتقل الملك الى الموهوب له، وليس في مقدوره أن يطالب بتسليمه المال، وليس في إمكانه أن يتصرف فيه، لأن الشكل في الهبة شرط من شروط الانعقاد ولم يتوفر.

التبرع بكل المال:

ذهب جمهور الفقهاء الى أن للإنسان أن يهب جميع ما يملكه لغيره. وقال محمد بن الحسن وبعض محققي المذهب الحنفي: لا يصح التبرع بكل المال ولو في وجوه الخير، وعدوا من يفعل ذلك سفيهاً يجب الحجر عليه.

وحقق هذه القضية البعض فقال: من كان له صبر على الفاقة وقلة ذات اليد فلا بأس بالتصدق بأكثر ماله أو بكله، ومن كان يتكفف الناس إذا احتاج لم

---

(١) الوسيط للسنهوري، جـ ٥، فقرة ٢٧، ص ٤٣ وما بعدها.

يحل له أن يتصدق بجميع ماله ولا بأكثره.

الثواب على الهدية:

يستحب شرعاً المكافأة على الهدية وإن كانت من أعلى لأدنى، لما رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها»[1] وفي رواية ابن أبي شيبة «ويثيب عليها ما هو خير منها»[2] وإنما كان يفعل ذلك ليقابل الجميل بمثله وحتى لا يكون لأحد عليه منة.

ومن الفقهاء من جعل أمر الناس في الهدية على ثلاث طبقات:

(١) هبة الرجل من دونه كالخادم ونحوه إكرام له وإلطاف، وذلك غير مقتض ثواباً.

(٢) هبة الصغير للكبير، طلب منفعة، والثواب فيها واجب.

(٣) هبة النظير لنظيره، والغالب فيها معنى التودد والتقرب، وقد قيل إن فيها ثواباً. وأما إذا وهب واشترط فيها الثواب فهو لازم.

التزامات الواهب والموهوب له في القانون[3]:

التزامات الواهب أربعة هي:

(١) نقل ملكية الشيء الموهوب الى الموهوب له.

(٢) تسليم الشيء الموهوب للموهوب له.

(٣) ضمان التعرض والاستحقاق إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق، أو كانت الهبة بعوض.

(٤) ضمان العيوب الخفية، إذا تعمد إخفاء العيب، أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب، أو كانت الهبة بعوض.

وأما عن التزامات الموهوب له فالأصل أنه لا يلتزم بشيء، إذ يغلب أن

---

(١) أي يعطي المهديَ بدلها وأقله ما يساوي قيمة الهدية.

(٢) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٩٤٠.

(٣) راجع تفصيل هذه الالتزامات في الوسيط للسنهوري، جـ ٥، فقرة ٩٧، ص ١٤٠ وما بعدهما.

تكون الهبة تبرعاً محضاً فتكون عقداً ملزما لجانب واحد هو جانب الواهب دون جانب الموهوب له. ولكن حتى في هذه الحالة يفرض في كثير من الأحوال أن المتعاقدين قد أرادا أن يتحمل الموهوب له نفقات عقد الهبة ونفقات التسليم. وقد تكون الهبة بعوض أو بمقابل من التزامات أو شروط تفرض على الموهوب له، وتكون الهبة عندئذ ملزمة للجانبين، ويلتزم الموهوب له بأداء العوض أو المقابل. وهذه الالتزامات كلها محتملة. وعلى ذلك تكون التزامات الموهوب له المحتملة التزامين:

(١) الالتزام بأداء العوض أو المقابل.

(٢) الالتزام بنفقات الهبة.

حرمة تفضيل بعض الأبناء في العطاء والبر:

لا يحل لأي شخص أن يفضل بعض أبنائه على بعض في العطاء، لما في ذلك من زرع العداوة وقطع الصلات التي أمر الله بها أن توصل. وقد ذهب الى هذا بعض الفقهاء منهم الإمام أحمد[١] وبعض المالكية، وقالوا: إن التفضيل بين الأولاد باطل وجور ويجب على فاعله إبطاله، واستدلوا على هذا بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «سوّوا بين أولادكم في العطية، ولو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء»[٢].

وبما رواه النعمان بن بشير، قال: تصدق على أبي ببعض ماله (نحله غلاماً له)، فقالت أمي عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله ﷺ،

---

(١) مذهب الامام أحمد حرمة التفضيل بين الأولاد ما لم يكن هناك داع، فإذا كان هناك داع أو مقتض للتفضيل فإنه لا مانع منه. جاء في المغني لابن قدامة، جـ ٥، ص ٦٦٥: «فإن خص بعضهم لمعنى يقتضي تخصيصه مثل اختصاصه بحاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو اشتغاله بالعلم أو نحوه من الفضائل أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله أو ينفقه فيها فقد روى عن أحمد ما يدل على جواز ذلك لقوله في تخصيص بعض الوقف: لابأس إذا كان لحاجة وأكرهه على سبيل الأثرة، والعطية في معناه».

(٢) أخرجه سعيد بن منصور والبيهقي بإسناد حسن وفي إسناده ضعيف هو سعيد بن يوسف واستنكر الحديث ابن عدي أشد الاستنكار (راجع سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٣٩٨).

فجاء أبي الى رسول الله ﷺ ليشهده على صدقته، فقال: «أكل ولدك أعطيت مثله؟»، قال: لا، قال: «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم». قال فرجع أبي فرد تلك الصدقة. متفق عليه. وفي رواية لمسلم قال: «فأشهد على هذا غيري» ثم قال: «أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء؟» قال: بلى. قال: «فلا إذن». وفي لفظ «لا أشهد على جور»[١].

وذهب الجمهور ومنهم الحنفية ومالك والشافعي الى أن التسوية بين الأبناء مستحبة والتفضيل مكروه وإن فعل ذلك نفذ. وأجابوا عن حديث النعمان بأجوبة عشرة، كلها مردودة[٢].

فالحق أن التسوية واجبة وأن التفضيل محرم.

واختلف الموجبون في كيفية التسوية. فقال البعض: العدل أن يعطى الذكر حظين كالميراث، واحتجوا بأن ذلك حظه من المال لو مات الواهب وهو عنده.

وقال البعض الآخر: لا فرق بين الذكر والأنثى. وظاهر الأمر بالتسوية.

الرجوع في الهبة:

ذهب جمهور الفقهاء الى حرمة الرجوع في الهبة، ولو كانت بين الأخوة أو الزوجين، إلا إذا كانت هبة الوالد لولده[٣] فإن له الرجوع فيها، لما روي عن ابن عمر وابن عباس عن النبي ﷺ قال: «لا يحل لرجل مسلم أن يعطي العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد[٤] فيما يعطي ولده[٥]»[٦]. ولما روي عن ابن عباس قال: قال

---

(١) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٩٣٧، ٩٣٨.

(٢) راجع هذه الأجوبة مع ردها في فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٣٩٤.

(٣) وقال مالك: له الرجوع فيما وهب إلا أن يكون الشيء قد تغير عن حاله فإن تغير لم يكن له أن يرتجعه.

وقال أبو حنيفة: ليس له الرجوع فيما وهب لابنه ولكل ذي رحم محرم من ذوي أرحامه، وله الرجوع فيما وهب للأجانب. وهذا المذهب غير قوي لمخالفته للأحاديث.

(٤) حكم الأم مثل الأب عند أكثر العلماء.

(٥) سواء أكان الولد كبيراً أم صغيراً.

(٦) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٩٣٩.

النبي ﷺ : «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه»[1].

وكذلك يجوز الرجوع في الهبة في حالة ما إذا وهب ليتعوض من هبته ويثاب عليها فلم يفعل الموهوب له، لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب عليها»[2] أي يعوض عليها. ويكون الواهب الذي لا يحل له الرجوع هو من وهب تبرعاً محضاً لا لأجل العوض[3].

والأصل في القانون جواز الرجوع في الهبة بالتراضي، شأن الهبة في ذلك شأن أي عقد آخر. ولكن الهبة تتميز عن العقود الأخرى بأن الواهب يجوز له أن يرجع في الهبة دون رضاء الموهوب له، إذا استند في ذلك الى عذر مقبول يقره القضاء ولم يوجد مانع من الرجوع. ويترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي قانوناً أن تعتبر الهبة كأن لم تكن، بما يستتبع ذلك من نتائج[4].

---

(١) المرجع السابق في نفس الموضوع المذكور.

(٢) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٩٤٥.

(٣) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٣٩٦، ٣٩٧.

(٤) راجع تفصيل الرجوع في الهبة في القانون د. السنهوري في الوسيط، جـ ٥، فقرة ١٢، ص ١٧٧ وما بعدها.

الفصل العشرون

العارية

(تعريفها، مشروعيتها، أركانها، الإعارة المطلقة والمقيدة، ضمان العين المعارة، موقف الإسلام من إعارة المستعير للعين أو تأجيرها للغير، الرجوع في العارية أو ردها من المستعير، وجوب رد العارية، التزامات المعير والمستعير في القانون، انتهاء العارية).

تعريفها:

العارية في اللغة بتشديد المثناة التحتية وتخفيفها اسم للشيء المعار، وهي مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب لأن العارية تذهب من يد المعير، أو من العار لأنه لا يستعير أحد إلا وبه عار وحاجة[1].

وهي في الفقه الإسلامي إباحة المالك منافع ملكه لغيره بلا عوض[2].

وفي القانون عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال[3].

---

(١) الوافي معجم وسيط للغة العربية للشيخ عبد الله البستاني، مكتبة لبنان ـ بيروت ١٩٨٠، ص ٤٣١.

(٢) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٣٢.

(٣) راجع م ٦٣٥ مدني مصري، م ٦٠٢ مدني سوري، م ٦٣٤ مدني ليبي، وقارن م ٨٤٧ مدني عراقي، م ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣٢ موجبات وعقود لبناني.

مشروعيتها:

شرع الإسلام العارية، لأنها عمل من أعمال البر التي ندب إليها ورغب فيها. ودليل مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿ويمنعون الماعون﴾[1] قال ابن عباس وابن مسعود إنها العواري[2].

وأما السنة: فما رواه أبو داود وأحمد والنسائي عن صفوان بن أمية رضي الله عنه أن النبي ﷺ استعار منه دروعاً يوم حنين فقال: أغصب يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة»[3].

وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون على استحبابها.

أركانها:

أركان العارية في الفقه الإسلامي[4] أربعة هي:

(١) المعير، وهو مالك المنفعة بلا حجر عليه.

(٢) المستعير، وهو من كان أهلاً للتبرع عليه، فلا يصح إعارة مسلم ولو كان عبداً ولا مصحف أو كتب حديث لكافر لعدم أهليته للتبرع عليه بمثل ذلك.

(٣) المستعار، وهو منفعة مباحة مع بقاء عينه، فلا يعار طعام ليؤكل ولا شراب ليشرب فإن في ذلك ذهاب عينه ويكون سلفاً لا إعارة، ولا تعار جارية للاستمتاع بها ولا دار لمن يتخذها كنيسة أو يشرب فيها سكراً أو يعصي الله فيها.

---

(١) سورة الماعون آية ٧.

(٢) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٩٠٢.

(٣) المغنى لابن قدامة، جـ ٥، ص ٢٢٠.

(٤) الفقه الحديث للشيخ محمد مصطفى جاد مطبعة دار الشرط الأوسط للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، سنة ١٣٨٠ هـ - ١٩٦٠ م، ص ١٩٣.

(٤) الصيغة، وهي كل ما يدل عليها من الأقوال والأفعال.

وأركانها في القانون[٢] ثلاثة، شأنها في ذلك شأن سائر العقود هي :

أ - التراضي بين المعير والمستعير، والأهلية الواجب توفرها في المعير يكفي أن تكون أهلية الإدارة، لأن العارية، وإن كانت من عقود التبرع، إلا أنها عقد تفضل لا عقد هبة، إذ هي لا تنقل الملكية، فهي إذن ليست من عقود التصرف، بل من عقود الإدارة، ومن ثم تجوز الإعارة من القاصر الذي له حق إدارة ماله، كما تجوز من الولي والوصي والقيم نيابة عن القاصر أو المحجور عليه. أما القاصر الذي ليس له حق إدارة ماله فلا تجوز منه الإعارة حتى لو كان صبياً مميزاً أو محجوراً عليه للغفلة أو السفه.

ولما كانت العارية عقداً نافعاً نفعاً محضاً للمستعير، فيكفي أن تتوفر فيه أهلية التعاقد دون أهلية الإدارة، وعلى ذلك يجوز للصبي المميز أو للمحجور عليه للغفلة أو السفه أن يستعير، حتى ولو لم يكن مأذوناً له في الإدارة.

ب - المحل، وهو الشيء المعار، ويشترط فيه فضلاً عن الشروط العامة التي يجب توفرها في أي محل، أن يكون غير قابل للاستهلاك، ذلك أن المستعير يأخذ الشيء ليستعمله وليرده بعينه، فإذا كان قابلاً للاستهلاك واستعمله فإنه يستهلكه بالاستعمال ولا يستطيع أن يرده بعينه.

جـ - السبب، ويشترط في السبب الباعث الدافع الى التعاقد أن يكون مشروعاً، وإلا كانت العارية باطلة ومثلها أن يعير شخص آخر سلاحاً ليرتكب به جريمة قتل، أو أدوات ليسطو بها على منزل فيسرقه، أو مفروشات ليؤثث بها منزلاً للدعارة أو نادياً للقمار.

والقانون في كل هذا قريب الى حد كبير من الفقه الإسلامي.

---

(٢) الوسيط للسنهوري، جـ ٦ العقود الواردة على الانتفاع بالشيء (الايجار والعارية)، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٣ م، فقرة ٨٢٩، ص ١٥١٥ وما بعدهما.

الإعارة المطلقة والمقيدة:

تجوز شرعاً[1] الإعارة مطلقة ومقيدة، فإذا أعار شخص آخر شيئاً إعارة مطلقة أبيح له الانتفاع به في كل ما هو معد له من الانتفاع به، فإن أعاره أرضاً إعارة مطلقة فله أن يزرع فيها ويغرس ويبني ويفعل فيها كل ما هي معدة له من الانتفاع لأن الإذن مطلق. وإن أعاره للغراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ما شاء لأن ضرره دون ضررهما، فكأنه استوفى بعض ما أذن له فيه، وإن استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن لأن ضررهما أكثر فلم يكن الإذن في القليل إذناً في الكثير، وإن استعارها للغراس أو للبناء ملك المأذون فيه منهما دون الآخر لأن ضررهما مختلف فإن ضرر الغراس في باطن الأرض لانتشار العروق فيها وضرر البناء في ظاهرها، فلم يكن الإذن في أحدهما إذناً في الآخر، وإن استعارها لزرع الحنطة، فله زرعها وزرع ما هو أقل ضرراً منها كالشعير والعدس. وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة لأن الرضا بزراعة شيء رضا بضرره وما هو دونه، وليس له زرع ما هو أكثر ضرراً منه كالذرة والقطن لأن ضرره أكثر. وإن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها، وإن أذن له في غرس شجرة فانقلعت لم يكن له غرس أخرى وكذلك إن أذن له في وضع خشبته ته على حائط فانكسرت لم يملك وضع أخرى، لأن الإذن اذا اختص بشيء لم يتجاوزه.

وهكذا فإن للمستعير الحق في استيفاء المنفعة المسماة في العقد، كما أنه له استيفاء منفعة مساوية أو أقل منها ضرراً لا أكثر منها ضرراً.

وللمستعير أن يستوفي المنفعة بنفسه أو بوكيله، لأن وكيله نائب عنه ويده كيده.

ضمان العين المعارة:

ذهب الحنفية والمالكية الى أن العين المعارة لا تضمن من المستعير إلا

---

(١) المغني لابن قدامة، جـ ٥، ص ٢٢٥.

بالتعدي، لقول الرسول ﷺ: «ليس على المستعير غير المُغِل[1] ولا على المستودع غير المغل ضمان»[2].

بينما ذهب الشافعي وأحمد الى أنه يجب ضمانها إن تلفت تعدى فيها المستعير أو لم يتعد، لما روي عن سمرة بن جندب قال: قال رسول الله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[3]، ولقول الرسول ﷺ في حديث صفوان بن أمية المتقدم: «بل عارية مضمونة»[4].

وقد أجيب عما استدل به الفريق الأول بأن حديثهم ضعيف، وقد صح وقفه على شريح[5].

وعلى ذلك فإذا انتفع المستعير بالعين ثم ردها على صفتها فلا شيء عليه، لأن المنافع مأذون في إتلافها، فلا يجب عوضها. وإن تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال، فعليه ضمانها، لأن ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه. أما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل[6] المنشفة والقطيفة وضعف الثوب بلبسه، فلا ضمان على الراجح، لأن الاذن في الاستعمال تضمنه.

وليس للمستعير أن يستعمل ما استعاره في غير ما يستعمل فيه مثله، مثل أن يحشو القميص قطناً أو يحمل فيه تراباً، أو يستعمل المناشف في ذلك أو يستظل بها من الشمس، فإن فعل ضمن ما نقص منها بهذا الاستعمال[7].

موقف الاسلام من إعارة المستعير للعين أو تأجيرها للغير:

لا يجوز للمستعير أن يعير العين المعارة له، ولا أن يؤجرها إلا بإذن ربها،

---

(١) المغل: الخائن.

(٢) أخرجه الدارقطني والبيهقي عن ابن عمر وضعفاه وصححا وقفه علي شريح (سبل الاسلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٩٨.

(٣) سبل السلام جـ ٣ ص ٨٩٨.

(٤) المرجع السابق، جـ ٣، ص ٩٠٢.

(٥) مرجع الهامش السابق، جـ ٣، ص ٨٩٨، ٨٩٩.

(٦) الخمل: الوبرة التي تكون للمنشفة والقطيفة.

(٧) منهج الاسلام في المعاملات المالية د. أحمد عثمان، ص ٢٣٦، المغنى لابن قدامة، جـ ٥، ص ٢٢٢، ٢٢٣.

لأنه أباحه المنفعة فلا يجوز أن يبيحها غيره، وبهذا قال الشافعي وأحمد.

أما أبو حنيفة ومالك فيقولان للمستعير أن يعير العارية أو يؤجرها وإن لم يأذن المالك إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل. والأول أولى.

وإذا أعار المعير العين المعارة أو أجرها دون إذن مالكها فتلفت عند الثاني، فللمالك أن يضمن أيهما شاء، ويستقر الضمان على الثاني لأنه قبضها على أنه ضامن لها وتلفت في يده، فاستقر الضمان عليه، كالغاصب من الغاصب. أما الأجرة فلا يملكها المستعير وإنما هي لرب العارية، لأنها بدل عمل يملكه من المنافع، والمستعير لا ملك له في المنافع وإنما يملك الانتفاع[1].

الرجوع في العارية أو ردها من المستعير:

للمستعير في الفقه الإسلامي رد العارية متى شاء لأنها ليست لازمة، وللمعير في هذا الفقه أيضاً الرجوع فيها متى شاء ما دام لم يترتب على ذلك إصابة المستعير بضرر، سواء أكانت العارية مطلقة أم مقيدة بزمن معين، لأن المنافع المستقبلة لم تحصل في يد المستعير فلم يملكها بالاستعارة، فإن ترتب على رجوع المعير ضرر يصيب المستعير أجل الرجوع حتى يتقي ما يتعرض له المستعير من ضرر[2]، كأن يعيره سفينة لحمل متاعه فليس للمعير الرجوع في العارية والمطالبة بالسفينة ما دامت في لجة البحر حتى ترسي. وكذلك ليس لمن أعار غيره أرضاً للزرع الرجوع فيها قبل الحصاد لما فيه من الضرر حتى يتم الحصاد.

وجوب رد العارية:

يجب على المستعير في الفقه الإسلامي[3] رد العارية بمطالبة المالك، أو انقضاء الغرض من العين، أو إنهاء المدة المحدودة، أو موت المعير أو المستعير.

---

(١) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٣٢، ٢٣٣، ومنهج الإسلام في المعاملات المالية، د. أحمد عثمان، ص ٢٣٨.

(٢) منهج الإسلام في المعاملات المالية، د. أحمد عثمان، ص ٢٣٤.

(٣) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٣٣، ومنهج الإسلام في المعاملات المالية د. أحمد عثمان، ص ٢٣٧، ٢٣٩.

لقول الله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾[1] ولقول الرسول ﷺ: «أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»[2]، وقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[3].

وإذا تأخر المستعير في الرد رغم وجود سبب من أسبابه، فعليه أجرة المثل، لصيرورته كالغاصب.

وعلى المستعير مؤنة الرد، لأن من وجب عليه الرد، وجب عليه مؤنته.

ويجب الرد الى الموضع الذي أخذها منه، إلا أن يتفقا على ردها الى غيره، ولا يجب على المستعير أن يحملها له الى موضع آخر.

ولا يبرأ المستعير من ضمان العين إلا بردها الى مالكها أو من يقوم مقامه في قبض حقوقه كوكيله العام.

وإن اختلفا في رد العين، فالقول قول المالك، لأن المستعير قبض العين لحظ نفسه فلا يقبل قوله في الرد، بل يطالب برد العين إن كانت باقية وإلا فقيمتها.

التزامات المعير والمستعير في القانون[4]:

يلتزم المعير في القانون بأن يسلم الشيء المعار للمستعير، وأن يتركه له ينتفع به طول مدة العارية، وبأن يرد له المصروفات الضرورية لحفظ الشيء من الهلاك والمصروفات النافعة في حدود معينة التي انفقها على الشيء المعار، وبأن يضمن له الاستحقاق والعيوب الخفية في حالة ما إذا كان المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق او تعمد اخفاء العيب، وكذلك في حالة ما إذا كان المعير قد اتفق مع المستعير على أن يضمن له استحقاق الشيء أو يضمن سلامته من العيوب.

---

(١) سورة النساء آية ٥٨.

(٢) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٩٩.

(٣) المرجع السابق، جـ ٣، ص ٨٩٨.

(٤) راجع تفصيل ذلك في الوسيط للسنهوري، جـ ٦، المجلد الثاني، فقرة ٨٣٨، ص ٢٥٢٢ وما بعدها.

ويلتزم المستعير في القانون بالتزامات ثلاثة هي :

(١) استعمال الشيء المعار على الوجه الواجب: فليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد، وذلك طبقاً لما بينه العقد أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف. ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير، ولو على سبيل التبرع. ولا يكون مسؤولاً عما يلحق الشيء من تغيير أو تلف بسبب الاستعمال الذي تبيحه العارية. وإذا اقتضى استعمال الشيء نفقة من المستعير، فليس له استردادها، وهو مكلف بالنفقة اللازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة. وله أن ينزع من الشيء المعار كل ما يكون قد أضافه اليه، على أن يعيد الشيء الى حالته الأصلية[٢].

(٢) المحافظة على الشيء المعار: على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد. وفي كل حال يكون ضامناً لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجىء أو قوة قاهرة وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ما يملكه[١].

(٣) رد الشيء المعار: متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء المعار الذي تسلمه بالحالة التي يكون عليها، وذلك دون إخلال بمسؤوليته عن الهلاك او التلف. ويجب رد الشيء في المكان الذي يكون المستعير قد تسلمه فيه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك[٢].

---

(٢) راجع م ٦٣٩، ٦٤٠ مدني مصري، وم ٦٠٥، ٦٠٦ مدني سوري، وم ٦٣٨، ٦٣٩ مدني ليبي، وم ٨٥١ - ٨٥٦، ٨٥٩ مدني عراقي، وم ٧٣٥ - ٧٣٩، ٧٤٣، ٧٤٦، ٧٥٣ موجبات وعقود لبناني.

(١) انظر م ٦٤١ مدني مصري، وم ٦٠٧ مدني سوري، وم ٦٤٠ مدني ليبي، وقارن م ٨٥٧، ٨٥٨ مدني عراقي، وم ٧٣٤، ٧٣٩، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٥٣ موجبات وعقود لبناني.

(٢) م ٦٤٢ مدني مصري، وم ٦٠٨ مدني سوري، وم ٦٤١ مدني ليبي، وم ٨٦٠، ٨٥٦ مدني عراقي، وم ٧٤٠، ٧٤٤، ٧٤٥ موجبات وعقود لبناني.

والقانون في كل هذا يتفق في الجملة مع الفقه الإسلامي .

انتهاء العارية :

تنتهي العارية في الفقه الإسلامي[1] بردها من المستعير، أو برجوع المعير فيها، أو انقضاء الغرض منها، أو انتهاء المدة المحددة لها، أو موت المعير أو المستعير.

وتنتهي في القانون[2] عادة بانقضاء الأجل، وقد تنتهي بسقوط الأجل، أو بالفسخ فهذه أسباب ثلاثة نقف مع كل منها قليلاً فيما يلي :

(١) انتهاء العارية بانقضاء الأجل : تنتهي العارية بانقضاء الأجل المتفق عليه، فإذا لم يكن لها أجل انتهت باستعمال الشيء فيما أعير من أجله، فإن لم يتفق المتعاقدان لا على أجل ولا على غرض معين، ولم يكن هناك سبيل آخر لتعيين مدة تنتهي بانقضائها العارية، فإن العارية في هذه الحالة تنتهي في أي وقت يريده المعير، بعد إمهال المستعير مدة معقولة. وفي كل حال يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء العارية في أي وقت شاء، غير أنه إذا كان هذا الرد في هذا الوقت يضر المعير كأن يكون على أهبة سفر أو لم يتوقع الرد فلم يستعد لتسلم الشيء، فإنه لا يجبر على قبول الرد، ويجب على المستعير التريث واختيار الوقت المناسب.

(٢) انتهاء العارية بسقوط الأجل : أسباب سقوط الأجل ثلاثة، واحد يرجع الى المعير وهو أن تعرض له حاجة عاجلة للشيء المعار لم تكن متوقعة، واثنان يرجعان الى المستعير وهما إعساره وموته. أما موت المعير فلا ينهي العارية في القانون وذلك بخلاف الفقه الإسلامي الذي يجعل من موت المعير إنهاء للعارية.

(٣) انتهاء العارية بالفسخ : تنتهي العارية بالفسخ إذا أساء المستعير استعمال

---

(١) منهج الإسلام في المعاملات المالية د. أحمد عثمان، ص ٢٣٤، ٢٣٧.

(٢) الوسيط للسنهوري، جـ ٦، المجلد الثاني، فقرة ٨٦٧، ص ١٥٥٢ وما بعدها.

الشيء المعار أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه. وذلك لأن التزام المستعير باستعمال الشيء على الوجه الواجب وبالمحافظة عليه، يقابله التزام المعير بترك المستعير ينتفع بالشيء المعار طول مدة العارية، فإذا أخل المستعير بالتزامه، وأساء استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه، كان للمعير أن يفسخ العقد، فيتحلل من التزامه بترك المستعير ينتفع بالشيء طول مدة العارية، ويسترده قبل انقضاء هذه المدة.

هذا ولعلك تلاحظ من خلال عرضنا للعارية أن أحكامها في القانون تتفق في مجموعها مع أحكامها في الفقه الإسلامي.

الفصل الحادي والعشرون
الوديعة

(تعريفها، حكمها ودليلها، حكمة تشريعها، أركانها، ضمانها في الفقه الإسلامي، التزامات المودَع عنده والتزامات المودِع في القانون، انتهاؤها).

تعريفها:

الوديعة مأخوذة من ودع الشيء بمعنى تركه[1].

وهي في الفقه الإسلامي[2] اسم للشيء الذي يتركه الإنسان عند غيره لحفظه له.

وهي في القانون[3] عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر، على أن يتولى حفظ هذا الشيء، وعلى أن يرده عيناً.

حكمها ودليلها:

حكم الوديعة أنها جائزة، ويستحب قبولها لمن يعلم عن نفسه أنه ثقة قادر على حفظها، لأن فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه.

---

(١) القاموس المحيط للفيروز آبادي، جـ ٣، فصل الواو ـ باب العين، ص ٩٥.

(٢) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٣٥.

(٣) انظر م ٧١٨ مدني مصري، وم ٦٨٤ مدني سوري، وم ٧١٨ مدني ليبي، وقارن م ٩٥٠، ٩٥١ مدني عراقي، وم ١/٦٩٠ موجبات وعقود لبناني.

ودليلها الكتاب والسنّة والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها﴾[1] وقوله تعالى: ﴿فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته وليتق الله ربه﴾[2].

وأما السنّة: فقول الرسول ﷺ: «أدِّ الأمانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك»[3]، وروي عنه عليه الصلاة والسلام: «أنه كان عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر علياً أن يردها على أهلها».

وأما الإجماع: فقد أجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع[4].

حكمة تشريعها:

إن حاجة الناس داعية إليها. لأنه يتعذر على كل واحد حفظ ماله بنفسه، كما أن الإنسان قد يضطر الى سفر ولا يتمكن من حمل ماله معه كما لا يأمن تركه في محل سكنه، فشرعت لتحقيق نوع من التعاون على البر والتقوى.

أركانها:

أركان الوديعة في الفقه الإسلامي[5]:

(١) المودِع بالكسر.
(٢) المودَع بالفتح.
(٣) الشيء المودع.

وشرط الأول أن يكون مميزاً مأذوناً له في التصرف وشرط الثاني البلوغ والعقل والرشد. وأما الصيغة فقيل شرط، وقيل هي الركن الرابع، وهي كل ما

---

(١) سورة النساء آية ٥٨.
(٢) سورة البقرة آية ٢٨٣.
(٣) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٩٩.
(٤) المغنى لابن قدامة، جـ ٦، ص ٣٨٢.
(٥) الفقه الحديث للشيخ محمد مصطفى جاد، ص ١٩٤.

يفهم منه طلب الحفظ ولو بالقرائن، ولا تتوقف على إيجاب أو قبول، حتى لو وضع شخص متاعه عند جالس رشيد بصير ساكت وذهب صاحب المتاع فيجب على الموضوع عنده حفظ المتاع، ويضمنه إن فرط في حفظه، لأن سكوته رضا بالإيداع عنده، وأما الأعمى فلا بد أن يضع يده عليها حتى يضمن في حال التفريط.

وأركان عقد الوديعة في القانون[1] ثلاثة، شأنه في ذلك شأن سائر العقود وهي:

(١) التراضي بين المودِع والمودَع عنده. وتكفي في المودِع أهلية الإدارة ولا تشترط فيه أهلية التصرف، لأنه حينما يقوم بالإيداع يقوم بعمل من أعمال الإدارة لا بعمل من أعمال التصرف، حتى لو كانت الوديعة بأجر، ومن ثم يكون الصبي المميز والمحجور عليه المأذون لهما في إدارة أموالهما من ذوي الأهلية للإيداع. أما المودَع عنده، حتى لو كان يأخذ أجراً، فإنه يلتزم بحفظ الشيء وبرده، وقد يجر عليه الالتزام بالحفظ مسؤوليات ثقيلة، ومن هنا يجب أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة أي أهلية التصرف والالتزام، ولا تكفي أهلية الإدارة، فلا يجوز إذن أن يقبل الوديعة إلا من بلغ سن الرشد، وإذا قبل الوديعة الصبي المميز ومن هو في حكمه، ولو كان مأذوناً لهم في الإدارة، فإن الوديعة تكون قابلة للإبطال.

(٢) المحل، والمحل الأصلي في عقد الوديعة هو الشيء المودع، وقد يشترط أجر للوديعة فيصبح الأجر محلاً آخر، ولكنه محل عرضي قد يوجد وقد لا يوجد، ويشترط في الشيء المودع الشروط العامة التي يجب توفرها في المحل، وهي: أن يكون الشيء موجوداً، معيناً أو قابلاً للتعيين، غير مخالف للنظام العام ولا للآداب.

(٣) السبب، ويشترط في السبب الباعث الدافع الى التعاقد أن يكون مشروعاً، وإلا كانت الوديعة باطلة، كأن يودع شخص عند آخر سلاحاً لاخفائه بعد ارتكاب جريمة، أو يخفي عنده مسروقات.

---

(١) الوسيط للسنهوري، جـ ٧، المجلد الأول، فقرة ٣٣٨، ص ٦٨٦ وما بعدهما.

ضمان الوديعة في الفقه الإسلامي:

الوديعة أمانة، ولذلك لا يضمنها المودَع، لما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «من أودع وديعة فليس عليه ضمان»[1]، إلا أن يتعدى أو يقصر في الحفظ فيضمنها، لأن المتعدي في الوديعة متلف لمال الغير فيضمنه كما لو أتلفه من غير إيداع، والمفرط متسبب بترك ما وجب عليه من حفظها. وعلى هذا يحمل ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه ضمن أنس بن مالك رضي الله عنه وديعة ذهبت من بين ماله، وذلك لتفريط أنس في الحفظ[2].

ولذلك يلزم المودَع أن يحفظ الوديعة كما يحفظ ماله وهو أن يحرزها في حرز مثلها عرفاً، وإلا وجب عليه الضمان. وهذا إذا لم يعين له المودِع ما يحفظها فيه، فإن عين له لزمه حفظها فيما أمره به، سواء أكان حرز مثلها أم لم يكن. فإن أحرزها بدونه ضمن، لمخالفته لصاحبها في حفظ ماله. وإن أحرزها بمثله أو أحرزه فوقه، فلا ضمان عليه، لأنه وضعها في مثله أو فيما هو أكثر حفظاً[3].

وإن قطع العلف عن الدابة المودعة بغير قول صاحبها ضمن، لأن العلف من كمال الحفظ، بل هو الحفظ بعينه، لأن العرف يقتضي علفها وسقيها، فكأنه مأمور به عرفاً، وإن نهاه المالك عن علفها لم يضمن لإذنه في إتلافها، لكن يأثم بتركه علفها لحرمة الحيوان.

وإذا أنفق المستودع على الدابة بإذن ربها رجع بما أنفق، وإن كان بغير إذن ربها مع تعذر إذن الحاكم وغيبة ربها أو العجز عن استئذانه وأشهد على الانفاق رجع. وقيل له أن يرجع بما أنفقه ما دام قد تعذر إذن ربها وإن لم يشهد أو يستأذن الحاكم مع قدرته على ذلك[4].

---

(١) أخرجه ابن ماجه، وأخرجه الدارقطني بلفظ «ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان» (راجع سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٩٧١).

(٢) المغنى لابن قدامة، جـ ٦، ص ٣٨٢، ٣٨٣.

(٣) المرجع السابق، جـ ٦، ص ٣٨٤.

(٤) منهج الإسلام في المعاملات المالية، د. أحمد عثمان، ص ٢٧٩، والمغنى لابن قدامة، جـ ٦، =

ولا ضمان على المودَع إذا دفع الوديعة الى من يحفظ ماله عـادة كزوجـة أو وكيل، وقد تلفت بدون تقصير منهما، إذ العادة جرت بالدفع لمن ذكر. فإن دفعها لأجنبي بلا عذر فتلفت ضمنها المودَع، لأنه ليس له أن يودع بغير عذر، ولا ضمان على الأجنبي، لأن المودَع ضمن بمجرد الدفع والإعراض عن الحفظ، ولأن دفعـاً واحداً لا يوجب ضمانين[1].

وإن حدث خوف من حرق أو غرق أو غيره، أو طرأ للمودع سفر ردها إلى ربها أو وكيله فيها، لأن ذلك تخليص له من تحمل مسؤوليتها، فإن دفعها للحاكم ضمن، لأنه لا ولاية له على الحاضر.

وإذا غاب رب الوديعة حملها المودَع معه في السفر إن كان أحرزها ولم ينهـه عنه، لأن القصد الحفظ، وهو موجود هنا. وإذا استوى عنده الخوف مع الإقـامة والسفر، فلا يحملها معه، بل يدفعها الى الحاكم، لأنه يقوم مقـام صاحبهـا عند غيبته، فإن أودعها مع أجنبي مع قدرتـه على الإيـداع عند الحـاكم ضمنها. وإذا تعذر إيداعها عند الحاكم أودعها عند ثقة، لفعله رسول الله ﷺ لما أراد أن يهاجر حيث أودع الودائع التي كانت عنده لأم أيمن. وكذا حكم من كانت لديه وديعـة وقد حضره الموت، فحكمه حكم السفر على ما مضى من أحكامـه إلا في أخذهـا معه، لأن كل واحد منهما سبب لخروج الوديعة من يده[2].

ومن تعدى في الوديعة بأن أودع دابة فركبها لغير نفعها من سقي أو علف، أو أودع ثوباً فلبسه، أو سيارة فركبها، أو حلياً فتزينت به، لزم الضمان لتعديه.

ولا يجوز للمودَع أن يتصرف في الوديعة بأي نوع من أنواع التصـرف، إلا إذا أذن له مالكها، وحينئذ تكون عارية مضمونة.

ومن أودعه صبي غير مميز أو مميز لكن لم يكن مأذوناً له بالتصرف فيـه، لم يبرأ إلا برد العين المودعة الى وليه. فإن كان مأذوناً له صح إيداعه فيما أذن لـه

= ص ٣٩٦، ٣٩٨.

(١) مرجعا الهامش السابق، المنهج في نفس الموضع المذكور، والمغنى، جـ ٦، ص ٣٨٤، ٣٨٥.

(٢) المغنى لابن قدامة، جـ ٦، ص ٣٨٥ - ٣٨٧.

بالتصرف فيه، لأنه كالبالغ بالنسبة الى ذلك.

ومن دفع لصبي وديعة فلا ضمان على الصبي مطلقاً[1].

ويقبل قول المودَع في ردها الى ربها أو زوجته أو خازنه أو وكيله، لأن أيديهم كيده. كما يقبل قوله في ردها لغيره بإذنه، بأن قال: دفعتها لفلان بإذنك فأنكر مالكها الإذن أو الدفع، قُبِلَ قول المودَع، كما لو ادعى ردها على مالكها. ويقبل قوله أيضاً في تلفها وعدم التفريط بيمينه، لأنه أمين. لكن إن ادعى التلف بأمر ظاهر كحريق فلا يقبل قوله إلا بيمينه.

وإن أخر ردها بعد طلبها بلا عذر ضمن ويمهل لعذر حتى يزول، وإن أمره بالدفع إلى وكيله، فتمكن وأبى، ضمن ولو لم يطلبها وكيله. فإن قال لم تودعني، ثم ثبتت الوديعة ببينة أو إقرار، ثم ادعى رداً أو تلفاً سابقين لجحوده لم يقبلا إلا ببينة[2].

ومن ادعى أنه حفظ الوديعة مع ماله فسرقت دون ماله، كان ضامناً لها[3].

وإن غصبت الوديعة من المودَع قهراً فلا ضمان عليه، سواء أخذت من يده أم أكره على تسليمها فسلمها بنفسه، لأن الإكراه عذر له يبيح له دفعها، فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهراً[4].

وإن مات المودَع وادعى وارثه الرد منه أو من مورثه لم يقبل قوله إلا ببينة، لأن صاحبها لم يأتمنه عليها بخلاف المودع[5].

ومن مات وثبت أن عنده وديعة لغيره، ولم توجد، فهي دين عليه تقضي من تركته. وإذا وجدت كتابة بخطه، وفيها إقرار بوديعة ما، فإنه يؤخذ بها ويعتمد عليها، فإن الكتابة تعتبر كالإقرار سواء بسواء متى عرف خطه[6].

---

(١) المرجع السابق، جـ ٦، ص ٤٠١.
(٢) منهج الإسلام في المعاملات المالية، د. أحمد عثمان، ص ٢٨٠.
(٣) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٣٦.
(٤) المغنى لابن قدامة، جـ ٦، ص ٤٠٢.
(٥) منهج الإسلام في المعاملات المالية د. أحمد عثمان، ص ٢٨٠.
(٦) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٣٦.

التزامات المودَع عنده والتزامات المودِع في القانون[1].

يلتزم المودَع عنده في القانون بأن يتسلم الشيء المودع، وبأن يقوم بحفظه، وبأن يرده للمودِع عند انتهاء الوديعة.

وحفظ الشيء المودع هو الغرض الأساسي من عقد الوديعة، وهو الالتزام الجوهري فيها. فإذا كانت الوديعة بغير أجر، وجب على المودَع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد. أما إذا كانت الوديعة بأجر، فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد. ولا يكون المودَع عنده، ولو كان مأجوراً، مسؤولاً عن السبب الأجنبي، حتى لو ثبت أنه لم يبذل العناية المطلوبة.

وقواعد مسؤولية المودَع عنده من حفظ الشيء لا تتعلق بالنظام، ولذلك يجوز الاتفاق على ما يخالفها، فيجوز الاتفاق على تشديد مسؤوليته، كما يجوز الاتفاق على تخفيفها أو الاعفاء منها.

وليس للمودَع عنده أن يستعمل الوديعة دون أن يأذن له المودِع في ذلك صراحة أو ضمناً. وإذا أخل بالتزامه، فاستعمل الشيء دون إذن صريح أو ضمني، أو تصرف فيه من باب أولى بالبيع أو الرهن أو الإيجار أو العارية أو أي تصرف آخر، كان مسؤولاً عن ذلك مسؤولية مدنية، وجازت أيضاً مساءلته عن جريمة التبديد بالنسبة الى المودِع، وعن جريمة النصب بالنسبة الى من تصرف له.

وليس للمودَع عنده أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودِع، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة.

ويلتزم المودِع في القانون بدفع الأجر إذا كان مشروطاً، وبرد المصروفات التي أنفقها المودَع عنده في حفظ الوديعة، وبتعويض المودَع عنده عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة.

---

(1) الوسيط للسنهوري، جـ ٧، المجلد الأول، فقرة ٣٤٧، ص ٦٩٧ وما بعدهما.

هذا ويلتقي القانون مع الفقه الإسلامي في كثير من هذه الأحكام.

انتهاء الوديعة:

تنتهي الوديعة في الفقه الإسلامي[1] برجوع أحد المتعاقدين عنها، لأنها عقد جائز من الطرفين، فللمودَع عزل نفسه متى شاء، وللمودِع استرداد وديعته متى أراد. كما تنتهي بموت أحدهما، أو جنونه.

وتنتهي في القانون[2] بأحد أسباب ثلاثة هي:

(١) انقضاء الأجل: إذا اتفق المتعاقدان على أجل للوديعة، صراحة أو ضمناً، فإن الوديعة تنتهي بانقضاء هذا الأجل. وإذا لم يتفق على أجل وجب وضع حد لها بالالتجاء الى القاضي لتعيين أجل تنتهي فيه الوديعة. ويبدأ تقادم الالتزام برد الوديعة من وقت حلول الأجل المعين لردها.

(٢) رجوع أحد المتعاقدين عنها قبل انقضاء الأجل: فيجب على المودَع عنده أن يسلم الشيء الى المودِع بمجرد طلبه، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودَع عنده. وللمودَع عنده أن يلزم المودِع بتسلم الشيء في أي وقت، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودِع.

(٣) موت المودَع عنده: تنتهي الوديعة بموت المودَع عنده ولا تنتهي بموت المودِع، وفي هذا يختلف القانون عن الفقه الإسلامي، : لأنها في الأخير تنتهي بموت أحدهما. وإذا انتهت في القانون بموت المودَع عنده استقرت في تركته الالتزامات التي ترتبت عليه الى وقت الموت، فتبقى التركة مثقلة بهذه الالتزامات، بما في ذلك الالتزام برد الوديعة.

---

(١) منهج الإسلام في المعاملات المالية د. أحمد عثمان، ص٢٧٨.

(٢) الوسيط للسنهوري، جـ ٧، المجلد الأول، فقرة ٣٨٠، ص ٧٤٩ وما بعدها.

الباب الثامن
الرهن والكفالة



الفصل الثاني والعشرون

الرهن

(تعريفه، الفرق بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي في القانون، مشروعية الرهن، حكمة تشريع الرهن، حكم الرهن الرسمي في الشريعة الاسلامية، أركان الرهن، انتفاع المرتهن بالرهن في الفقه الإسلامي، ما يدخل في الرهن وما لا يدخل، بقاء الرهن حتى يؤدي الدين، غلق الرهن، التقدم عند تزاحم الغرماء، آثار الرهن في القانون، بطلان الرهن في الفقه الاسلامي وانقضاؤه في القانون).

تعريفه:

يطلق الرهن في اللغة على الثبوت والدوام، كما يطلق على الحبس. ومن الأول قولهم: نعمة الله راهنة، أي ثابتة ودائمة. ومن الثاني قول الله تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾[1]، أي محبوسة بكسبها وعملها.

ومعطي الرهن يسمى راهناً. وآخذه يسمى مرتهناً. والعين المرهونة تسمى رهناً ورهينة ومرهونة. والفعل رهن إذا أعطى رهناً، وارتهن إذا أخذ رهناً[2].

وأما معناه في الفقه الإسلامي فهو جعل عين مالية وثيقة بدين[3] بحيث

---

(١) سورة المدثر آية ٣٨.

(٢) مختار الصحاح للرازي، باب النون ـ فصل الراء، ص ٤٩٧.

(٣) شيئاً مستوثق به، وذلك لأن الدين أصبح بحبس هذه العين محكماً لا بد من سداده، أو تضيع على المدين العين المرهونة كلها أو بعضها بحسب ذلك الدين.

يمكن أخذ ذلك الدين أو بعضه من ثمن تلك العين إن تعذر الاستيفاء ممن هو عليه[١].

فإن استدان شخص ديناً من شخص آخر وجعل له في نظير ذلك الدين عقاراً أو حيواناً محبوساً تحت يده حتى يقضيه، كان ذلك هو الرهن شرعاً. وهو الذي يعرف في اصطلاح القانون بالرهن الحيازي، أما الرهن الرسمي فلم يتكلم عنه الفقهاء القدامى.

والرهن في القانون نوعان: رهن رسمي، ورهن حيازي. فالأول هو عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون[٢]، ولا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية[٣].

ويتميز عقد الرهن الرسمي[٤] بأنه عقد شكلي، فلا يكفي لانعقاده مجرد توافق الارادتين، أو أن يكتب في محرر عرفي، بل يلزم أن يفرغ في محرر رسمي، وأن يذكر في هذا المحرر البيانات الكافية لتخصيص العقار المرهون والدين المضمون.

كما يتميز بأنه عقد ملزم لجانب واحد، لأنه ينشأ التزامات في ذمة الراهن، أما الدائن المرتهن فلا يلتزم في عقد الرهن ذاته بشيء، إذ المفروض أن المرتهن سبق أن أقرض أو التزم بإقراض المدين أو منحه أجلاً لوفاء الدين.

وأما الرهن الحيازي في القانون فهو عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم الى الدائن أو الى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه الدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على

---

(١) المغنى لابن قدامة، جـ ٤، ص ٣٦١، وفقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ١٨٧.

(٢) م ١٠٣٠ مدني مصري، وم ١٠٧١ مدني سوري، وم ١٢٨٥ مدني عراقي، وم ١٢٠ من قانون الملكية العقارية اللبناني.

(٣) م ١٠٣١ مدني مصري.

(٤) راجع هذه المميزات في كتابنا دروس في التأمينات العينية، على آلة كاتبة سنة ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م بالقاهرة، ص ٨، ٩.

الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون[1].

ويختص عقد الرهن الحيازي[2] بأنه عقد رضائي ملزم للجانبين، فينعقد بمجرد تبادل ايجاب وقبول متطابقين، ولا يتطلب شيئاً آخر. وملزم للجانبين فيلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون واستثماره وإدارته ورده عند انقضاء الرهن وتقديم حساب عن ذلك، ويلتزم المدين الراهن بتسليم العين المرهونة - منقولاً كان أم عقاراً - الى الدائن المرتهن، وبضمان المرهون.

هذا، والأصل في الراهن رهناً رسمياً أو حيازياً أنه لا يرهن ماله تبرعاً للمرتهن، بل يقدمه بمقابل، قد يكون قرضاً أو أجلاً.

وقد يكون الراهن فيهما غير المدين «أي كفيلاً عينياً»، وهذا الكفيل العيني قد يقدم الضمان تبرعاً أو بمقابل يأخذه من المدين الذي يقدم الرهن لضمان الوفاء بما عليه من دين للمرتهن.

الفرق بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي في القانون[3]

يختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي فيما يأتي:

(١) من حيث العقد: الرهن الحيازي عقد رضائي فلا تشترط فيه الرسمية، فأي إيجاب وقبول متطابقين على رهن حيازي يكفيان في عقد الرهن الحيازي.
أما الرهن الرسمي فإنه يشترط فيه أن يكون العقد شكلياً، فلا ينعقد بعقد عرفي.
كما أن عقد الرهن الحيازي ملزم للجانبين في حين أن عقد الرهن الرسمي ملزم لجانب واحد.

---

(١) م ١٠٩٦ مدني مصري، وم ١٠٢٨، ١٠٣٠، ١٠٤٦، ١٠٥٥، ١٠٥٦ مدني سوري، وم ١١٠٠ مدني ليبي، وم ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣ مدني عراقي، وم ١٠١، ١٠٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني.

(٢) انظر خصائص عقد الرهن الحيازي د. السنهوري في الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، في التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر سنة ١٩٦٩ م القاهرة، فقرة ٤٩٧، ص ٧٤١ وما بعدهما.

(٣) الوسيط للسنهوري، جـ ١٠، فقرة ٥٠١، ص ٧٤٦، ٧٤٧.

(٢) من حيث المحل: محل الرهن الحيازي يصح أن يكون عقاراً أو أن يكون منقولاً، وليس القيد ضرورياً لسريان الرهن الحيازي في مواجهة الغير إلا إذا كان محل الرهن الحيازي عقاراً. أما الرهن الرسمي، فلا يكون محله إلا عقاراً، ولا يقع على منقول، ولذلك يكون القيد ضرورياً في الرهن الرسمي ليكون الرهن نافذاً في حق الغير، ولا يرهن المنقول رهناً رسمياً.

(٣) من حيث المضمون: يخول الرهن الحيازي حبس الشيء المرهون، منقولاً كان أم عقاراً، حتى يستوفي الدائن دينه، أما الرهن الرسمي، فلا يخول الدائن حق الحبس، وكل ما للدائن إذ حل دينه هو أن ينفذ على العقار المرهون رهناً رسمياً، متقدماً ومتتبعاً.

(٤) من حيث الحيازة: في الرهن الحيازي يوجد التزام على الراهن هو أن يسلم الشيء المرهون، منقولاً كان أم عقاراً، للدائن المرتهن (أو الأجنبي) يحافظ عليه ويديره ويستغله. أما في الرهن الرسمي، فيبقى العقار المرهون في حيازة الراهن، ولا ينتقل منه إلى أحد.

ويشترك الرهن الحيازي مع الرهن الرسمي فيما يلي:

(١) كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي لا ينشأ إلا من عقد. فلا ينشأ بحكم قضائي، ولا بنص في القانون.

(٢) كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي يتضمن حقاً عينياً، أي سلطة مباشرة على مال معين، فينفذ قبل الكافة.

(٣) كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي يتضمن حقاً تبعياً. فيتبع الحق المضمون وجوداً وعدماً. ويجوز للراهن أن يتمسك قبل المرتهن بكل الدفوع التي تؤثر في الحق المضمون.

(٤) كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي يتضمن حقاً لا يتجزأ، فتبقى سلطة الدائن المرتهن على المال المرهون كله، حتى يستوفى كل الدين المضمون.

(٥) كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي يخول الدائن المرتهن أن ينفذ على العين المرهونة، مستعملاً في ذلك حق التقدم والتتبع.

مشروعية الرهن:

الرهن جائز، ودليل جوازه الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾[١].

وأما السنة: فقد روي أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً نسيئة ورهنه درعه[٢]، وكان الرسول ﷺ في المدينة.

وأما الإجماع: فقد أجمع العلماء على جوازه ومشروعيته ولم يخالف في ذلك أحد. وإن كانوا قد اختلفوا في مشروعيته في الحضر. فقال الجمهور: يشرع في الحضر، كما يشرع في السفر. لفعل الرسول ﷺ وهو مقيم بالمدينة، وأما تقييده بالسفر في الآية فإنه خرج مخرج الغالب، فإن الرهن غالباً يكون في السفر. وقال مجاهد والضحاك والظاهرية: لا يشرع الرهن إلا في السفر استدلالاً بالآية، والحديث حجة عليهم[٣].

حكمة تشريع الرهن:

حرص الإسلام منذ شروق فجره على تشجيع مد يد العون لذوي الحاجة والحرص على أن يتشبع المسلم بروح المواساة لبني جنسه حتى يعيش المجتمع متراحماً متواداً.

وتشجيعاً لهذا الغرض النبيل، وضع تشريعات تضمن الحقوق من الضياع وتحفظها من الجحود حتى يظل باب التعاون على الخير مفتوحاً على مصراعيه،

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٣.
(٢) صحيح البخاري، جـ ٣، ص ٧٧.
(٣) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ١٨٨.

وبذلك تنعم البشرية بحياة تعطرها روح الإخاء والتعاطف والمودة.

حكم الرهن الرسمي في الشريعة الإسلامية[1]:

لقد بينت الشريعة الإسلامية، أحكام رهن الحيازة، أما الرهن الرسمي فهو معاملة استحدثت أحكامها القوانين الوضعية، ولم يكن هذا النوع من الرهن معروفاً في عهد فقهاء المسلمين المجتهدين القدامى.

ولذلك تكلم فيه العلماء المحدثون، وتفرقت وجوه الرأي فيه، فمنهم من يجيزه، ومنهم من يمنعه، ولكل وجهة هو موليها.

والمختار، هو القول بصحة عقد الرهن الرسمي، لأن التعامل به لا يتنافى مع ما شرع الرهن له من التوثق لحفظ مال المرتهن. ذلك أنه عقد أعطى المرتهن حق تتبع العين المرهونة، فدينه متعلق بالعين، ولا يخاف من تصرف المدين فيها بأي وجه من وجوه التصرف وانتقالها من يده الى يد أخرى، فالمرتهن له عند حلول أجل الدين إذا لم يوف المدين ما عليه من الدين المضمون، أن يتتبع العين المرهونة في أي يد كانت ويبيعها ويستوفي دينه من ثمنها مقدماً على سائر الغرماء، وهو يبيح للراهن أن يتصرف في المرهون بما هو مباح له قبل الرهن، وأن ينتفع به الانتفاع الصحيح الذي ربما كان سبباً من أسباب قضاء دينه، فلا منافاة في هذا الرهن لحكمة الشارع، ولا فرق بينه وبين رهن الحيازة في معنى التوثق. على أن المرهون رهناً رسمياً، ليس في يد الراهن حقيقة، بل هو في يدالحاكم الذي ينوب عن المرتهن في الحفظ كما ينوب العدل عنه، ويد الحاكم أقوى من يد العدل، فإن العدل قد يفاجأ بالموت وقد ينكر ورثته الودائع التي تحت يده، أما يد الحاكم فلا يمكن أن يطرأ عليها الانكار، لأن شخصية الحاكم معنوية دائمة ليست محصورة في ذات معينة وإن كان يحصل في ذواتها البدل، فالتوثيق الرسمي المقيد في سجلات

---

(١) الشيخ ابراهيم دسوقي الشهاوي، في المذاهب الفقهية، (الباب الأول من القسم الثاني) ص ١٩، شركة الطباعة الفنية المتحدة ٧٣/٧٢ بالقاهرة، والمستشار عبد الوهاب البنداري في شرح التأمينات العينية، ط ١٩٧٥/٧٤ م، المطبعة الأميرية بالقاهرة، ص ٢١، وكتابنا دروس في التأمينات العينية، ص ١٢، ١٣.

الحاكم يقوم مقام القبض فلا يتصور إنكار الراهن، وحق التتبع وحق التقدم فيهما الضمان الكافي لحفظ مال المرتهن.

كما يقول أنصار هذا الرأي المختار إن قول الله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾[1] يدل على أن الرهان في هذه الحال، حال السفر، يجب أن تكون مقبوضة حتى يتأتى بها الاستيثاق، لأنها إذا تركت في يد الراهن أمكنه أن يتصرف فيها أو يستهلكها فلا تطمئن نفس الدائن بذلك. وأما في غير حال السفر، فليس في الآية ما يدل على لزوم قبض الرهن فيها.

فضلاً عن أنه إذا كان القبض لم يشترطه الشارع تعبداً، وإنما اشترطه لتأمين الدائن المرتهن، وجب قياساً أن يقوم مقام قبض الرهن كل وسيلة تؤدي الى هذا التأمين ولا يستطيع معها المدين الراهن أن يخل بتعهده أو يتلاعب بدائنه.

ومن ذلك، ما فرضه القانون المدني من الأحكام في الرهن الرسمي، فإن الوسائل التي شرعها القانون للمحافظة على حق الدائن فيه، من قيد وغيره كفيلة بحفظ العين المرهونة وبقائها ضماناً للدائن، فكان في ذلك تأمين الدائن، وليس ما يمنع أن يقوم هذا مقام القبض شرعاً.

أركان الرهن:

أركان الرهن في الفقه الإسلامي[2] أربعة هي:

(١) عاقد من راهن ومرتهن، ويشترط فيه البلوغ والعقل.

(٢) مرهون. ويشترط فيه أن يكون مما يصح بيعه، وأن يكون معلوماً، وأن يكون مقدوراً على تسليمه خلافاً للبعض، وأن يكون مملوكاً للراهن، وأن يكون عيناً منتفعاً بها، وأن لا يكون مما يسرع اليه الفساد إلا إذا كان الدين حالاً أو مؤجلاً يحل قبل فساده، وأن يقبضه المرتهن أو وكيله.

(٣) مرهون به. ويشترط فيه كونه ديناً، ثابتاً أي لازماً، معلوماً، معيناً.

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٣.

(٢) منهج الإسلام في المعاملات المالية، د. أحمد عثمان، ص ٢٨٣ وما بعدها.

(٤) صيغة. وهي كل ما يدل على الإيجاب والقبول بشروطهما.

وأركان الرهن الرسمي في القانون[1] هي أركان موضوعية وأخرى شكلية. فالموضوعية هي:

أ - الرضا. وهو توفق الارادتين واتجاههما الى إحداث أثر قانوني معين. هو إنشاء حق الرهن الرسمي. ويشترط لصحة الرضا أن تكون كل من الارادتين خالية من عيوب الرضا. وأن تكون الارادة صادرة من شخص له أهلية مباشرة عقد الرهن. وهذه الأهلية تختلف في المرتهن عنها في الراهن. فبالنسبة للدائن المرتهن يكفي أن يكون مميزاً، لأن عقد الرهن الرسمي بالنسبة له يعتبر من العقود النافعة له نفعاً محضاً. أما الأهلية المطلوبة بالنسبة للراهن، فهي أن يكون أهلاً للتصرف، وبالتالي يلزم لصحة هذا العقد أن يكون الراهن بالغاً سن الرشد، مع عدم إصابته بعارض من عوارض الأهلية أو بمانع من موانعها.

ب - المحل، وهو العقار المرهون. ويشترط فيه أن يكون مالاً عقارياً، وأن يكون العقار مما يصح التعامل به وبيعه بالمزاد العلني، وأن يكون العقار موجوداً وقت الرهن، وأن يكون العقار معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يكون العقار مملوكاً للراهن.

جـ - السبب. وهو الدين المضمون. ويشترط فيه أن يكون الدين موجوداً وأن يكون مبلغاً محدداً في عقد الرهن على الأقل في حده الأقصى.

وأما الأركان الشكلية فهي الرسمية والتخصيص، والرسمية هي إفراغ عقد الرهن في ورقة رسمية، يقوم بتحريرها الموثق المختص بإحدى مكاتب التوثيق الملحقة بالشهر وفقا للاجراءات المقررة في القانون، أو الموظف المختص بالقنصليات إذا أبرم العقد خارج البلاد. والتخصيص هو أن يذكر في هذا المحرر جميع البيانات اللازمة لتخصيص الرهن، أي لتحديد كل من العقار المرهون والدين المضمون.

---

(١) كتابنا دروس في التأمينات العينية، ص ١٣ وما بعدها.

وأركان الرهن الحيازي في القانون[1] هي: المتعاقدان من راهن ودائن مرتهن، ويجب أن يكون كل منهما كامل الأهلية. والمال المرهون عقاراً كان أم منقولاً. والدين المضمون كالدين المضمون في الرهن الرسمي.

انتفاع المرتهن بالرهن في الفقه الإسلامي[2]

عقد الرهن قصد به الاستيثاق وضمان الدين، وليس المقصود منه الاستثمار والربح، وما دام ذلك كذلك، فإنه لا يحل للمرتهن أن ينتفع بالعين المرهونة ولو أذن له الراهن، لأنه قرض جر نفعاً وكل قرض جرّ نفعاً فهو ربا.

وهذا في حالة ما إذا لم يكن الرهن دابة تركب أو بهيمة تحلب، فإذا كان دابة أو بهيمة، فله أن ينتفع بها نظير النفقة عليها، فإن قام بالنفقة عليها كان له حق الانتفاع، فيركب ما أعد للركوب كالإبل والخيل والبغال ونحوها، ويحمل عليها، ويأخذ لبن البهيمة كالبقر والغنم ونحوها. والدليل على ذلك ما رواه البخاري عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «. . . الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، وليس الدرّ يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»[3]، وهذا مذهب الإمام أحمد وخالفه في ذلك الأئمة الثلاثة، وقالوا: لا ينتفع المرتهن بشيء. والحديث حجة عليهم.

ما يدخل في الرهن وما لا يدخل:

لفقهاء الإسلام[4] فيما يتبع الرهن من تعلق حق المرتهن به أربعة أقوال:

أولها: ما ذهب إليه الحنابلة وهو أن ثمار الرهن جميعه وغلاته تكون رهناً في يد من الرهن في يده كالأصل، وإذا احتيج الى بيعه في وفاء الدين بيع مع الأصل،

---

(١) الوسيط للسنهوري، جزء ١٠، فقرة ٥٠٥، ص ٧٥١ وما بعدها.

(٢) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ١٨٨، ١٨٩، ومنهج الإسلام في المعاملات المالية، د. أحمد عثمان، ص ٢٨٩.

(٣) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٦٩.

(٤) المغنى لابن قدامة، جـ ٤، ص ٤٣٠.

سواء في ذلك النماء المتصل كالسمن أم المنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر.

ثانيهما: ما ذهب إليه الحنفية وهو أن كسب الرهن لا يتبعه؛ أما نماؤه سواء أكان متصلاً أم منفصلاً فيتبعه.

ثالثها: ما ذهب إليه الإمام مالك وهو أن ولد الرهن يتبعه دون سائر النماء، لأن الولد يتبع الأصل في الحقوق الثابتة.

رابعها: ما ذهب إليه الشافعي وهو أنه لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من الكسب، لأن الرهن حق متعلق بالأصل يستوفى من ثمنه فلا يسري الى غيره كحق الجناية.

غير أننا نجد أن الأولى من هذه الآراء هو ما ذهب إليه الشافعي من عدم إثبات حق للمرتهن في نماء الرهن المنفصل وكسبه لقول الرسول ﷺ: «... الرهن من صاحبه الذي رهنه. له غنمه وعليه غرمه»[1]، والنماء المنفصل والكسب غنم فيكون للراهن.

هذا، ومؤنة الرهن في الفقه الإسلامي وأجرة حفظه وأجرة رده على مالكه. وإذا أنفق المرتهن على الرهن بإذن الحاكم مع غيبة الراهن وامتناعه كان ديناً للمنفق على الراهن[2].

ويشمل الرهن في القانون[3] ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات التي تعود بمنفعة على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك. ويترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل، ويجري في توزيع هذه الغلة ما يجري في توزيع ثمن العقار. وهذا ينطبق على الرهن الرسمي وفي الوقت ذاته ينطبق على رهن الحيازة خاصة إذا

---

(١) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٧٠.
(٢) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ١٨٩، ١٩٠.
(٣) م ١٠٣٦، ١٠٣٧ مدني مصري.

كان محل رهن الحيازة عقاراً[1].

بقاء الرهن حتى يؤدي الدين:

أجمع علماء الفقه الإسلامي[2] أن من رهن شيئاً بمال فأدى بعضه وأراد إخراج بعض الرهن، فليس له ذلك حتى يوفيه آخر حقه أو يبرئه.

والقانون في هذا يتفق والفقه الإسلامي، حيث إن الرهن في القانون[3] حتى لا يتجزأ سواء أكان رهناً رسمياً أم رهناً حيازياً، فتبقى سلطة الدائن المرتهن على المال المرهون كله حتى يستوفى كل الدين المضمون.

غلق الرهن:

كان من عادة العرب أن الراهن إذا عجز عن أداء ما عليه من دين خرج الرهن عن ملكه واستولى عليه المرتهن فأبطله الإسلام ونهى عنه، فعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «لا يغلق الرهن[4] من صاحبه الذي رهنه، له غنمه، وعليه غرمه»[5].

ومتى حل الأجل لزم الراهن الايفاء وسداد ما عليه من دين فإن امتنع من وفائه ولم يكن أذن له ببيع الرهن أجبره الحاكم على وفائه أو بيع الرهن، فإن باعه وفضل من ثمنه شيء فلمالكه، وإن بقي شيء فعلى الراهن.

التقدم عند تزاحم الغرماء:

إذا ضاق مال الراهن في الفقه الإسلامي[6] والقانون[7] عن ديونه، وطالب

---

(١) الوسيط للسنهوري، جـ ١٠، فقرة ٥٢٠، ص ٧٧٠ - ٧٧٣.

(٢) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ١٩٠.

(٣) م ١٠٤١ مدني مصري.

(٤) لا يغلق الرهن: أي لا يستحقه المرتهن إذا عجز صاحبه عن فكه.

(٥) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٧٠.

(٦) المغنى لابن قدامة، جـ ٤، ص ٤٤٧، ٤٤٨، ومنهج الإسلام في المعاملات المالية، د. أحمد عثمان، ص ٢٩٤.

(٧) م ٢٣٤، ١٠٣٠، ١٠٥٦، ١٠٩٦ مدني مصري،

الغرماء بديونهم، وأريد قسمة ماله بين غرمائه، فأول من يؤدى دينه من الغرماء من له رهن حيث يختص بثمنه عن سائر الغرماء، لأن حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معاً، وبقية الغرماء يتعلق حقهم بالذمة دون العين فكان حقه أقوى، ولذلك يتقدم عليهم[١]. وعلى ذلك يباع الرهن فإن كان ثمنه مساوياً لحق المرتهن أخذه، وإن كان فيه زيادة من حقه رد الباقي على الغرماء، وإن فضل من دينه شيء أخذ ثمن الرهن ثم اشترك مع الغرماء ببقية دينه.

آثار الرهن في القانون:

إذا انعقد الرهن بنوعية في القانون صحيحاً، ترتبت عليه آثاره فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة للغير.

وآثار الرهن الرسمي[٢] فيما بين المتعاقدين، الراهن والمرتهن، تتضح إذا ما عرفنا أن عقد الرهن الرسمي، ملزم لجانب واحد هو الراهن، إذ يلتزم بمقتضاه أن ينشيء حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن، كما يلتزم بضمان الرهن، وبنفقات العقد والقيد. ومع ذلك لا ينزع حق الرهن الرسمي عن الراهن ملكية العقار المرهون، أو حيازته، أو إدارته واستغلاله والتصرف فيه، وإن كان يقيد من سلطة الراهن على العقار المرهون بقدر معلوم، ابتغاء الحفاظ على حق المرتهن وعدم المساس بضمانه. ولكن هذه الآثار لا تسري في مواجهة الغير إلا إذا توفرت علانيته، وذلك بشهره عن طريق قيده.

ومتى تم القيد، قيض للدائن المرتهن أن يحاج به الغير، وأن يستعصم دونهم بحقه في التقدم والتتبع. فيكون له أن يستوفي حقه من ثمن العقار المرهون أو مما يحل محله بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة، أي التالين له في شهر حقوقهم، وإذا كانت ملكية العقار قد انتقلت بعد قيد الرهن الى شخص آخر، جاز للمرتهن أن يتتبع العقار، وينفذ عليه تحت يد هذا الأخير وفاء لحقه.

---

(١) واذا تعدد المرتهنون لشيء واحد فيقدم الأول فالأول ثم الدائنون العاديون.

(٢) انظر تفصيل آثار الرهن الرسمي في كتابنا دروس في التأمينات العينية، ص ٣٥ وما بعدها، والوسيط للسنهوري، جـ ١٠ فقرة ١٦٦، ص ٣٨٢ وما بعدها.

وشهر الرهن الرسمي يكون بقيده، والقيد هو الاجراء الذي رسمه القانون لشهر الرهن الرسمي وجميع الحقوق العينية التبعية الأخرى الواردة على عقار لتكون نافذة في مواجهة الغير. ويتم قيد الرهن بإثبات بيانات عقد الرهن الجوهرية، خاصة تعيين العقار المرهون والدين المضمون وكذلك ساعة وتاريخ هذا الإثبات، وذلك في سجلات الشهر العقاري المخصصة لذلك. وبإثبات هذه البيانات في هذه السجلات يفترض علم الكافة بالرهن. ولذلك يترتب على هذا الاجراء نفاذ الرهن وسريانه في مواجهة الغير اعتباراً من تاريخ القيد، أما قبل القيد فلا قيام للرهن إلا بين المتعاقدين الدائن المرتهن والراهن فحسب، ولا يكون نافذاً في مواجهة الغير طالما أنه لم يقيد حتى ولو توفر العلم الحقيقي لهذا الغير بأي طريق آخر غير القيد[1].

ويقصد بالغير وفقاً لأحكام الرهن الرسمي كل شخص له مصلحة مقررة قانوناً في عدم سريان الرهن في حقه، أي كل من يضار من نفاذ الرهن واستعمال المرتهن حق التقدم والتتبع عدا الراهن وورثته.

وعلى ذلك يعتبر من الغير في هذا الشأن:

(١) أصحاب الحقوق العينية الأصلية والتبعية المترتبة على العقار، وهؤلاء لا ينفذ الرهن الرسمي في مواجهتهم إلا إذا كان تاريخ قيده سابقاً على تاريخ شهر هذه الحقوق.

(٢) الدائنون العاديون، وهؤلاء لا يفضل عليهم الدائن المرتهن رهناً رسمياً إلا إذا كان الرهن الرسمي قد قيد. وذلك بغض النظر عن تاريخ نشوء الدين، فالدائن المرتهن إذا قيد حقه تكون له أولوية على الدائنين العاديين، حتى ولو كان تاريخ القيد لاحقاً لتاريخ نشوء حق الدائنين العاديين.

وآثار الرهن الحيازي في القانون[2] فيما بين المتعاقدين هي التزامات معينة

---

(١) م ١٠٥٣/١ مدني مصري.

(٢) الوسيط للسنهوري، جـ ١٠، فقرة ٥٢٧، ص ٧٨٢ وما بعدهما.

يلتزم بها كل من المتعاقدين، إذ أن عقد الرهن الحيازي في القانون عقد ملزم للجانبين. فيلتزم الراهن رهن حيازة بإيجاد حق عيني على العين المرهونة لمصلحة الدائن المرتهن هو حق رهن الحيازة، وتسليم الشيء المرهون ونقل حيازته الى الدائن المرتهن، وضمان سلامة الرهن ونفاذه، وضمان هلاك الشيء المرهون أو تلفه. ويلتزم الدائن المرتهن رهن حيازة بالمحافظة على الشيء المرهون، واستثماره، وإدارته، ورده الى الراهن بعد استيفاء كامل حقه، وتقديم حساب عن ذلك.

ولكي ينفذ هذا الرهن في حق الغير يجب تسليم الشيء المرهون الى الدائن المرتهن أو إلى أجنبي يرتضيه المتعاقدان (الراهن والمرتهن). وإذا وقع على عقار فيجب قيده حتى يسري في حق الغير، والقيد هنا كالقيد في الرهن الرسمي. كما أن الغير هنا هو الغير في الرهن الرسمي. وبذلك يكون للدائن المرتهن رهن حيازة حق التقدم وحق التتبع بحسب مرتبته، كما يكون له حق حبس الشيء المرهون حتى بالنسبة الى الغير الى أن يستوفي كل حقه. وذلك الى جانب حقه في التنفيذ بالدين الذي له.

بطلان الرهن في الفقه الإسلامي وانقضاؤه في القانون:

يبطل الرهن في الفقه الإسلامي[١] إذا رجع الرهن الى الراهن باختيار المرتهن.

وينقضي الرهن في القانون، سواء أكان رهناً رسمياً[٢] أم رهناً حيازياً[٣]، إما بصفة تبعية، أو بصفة أصلية.

فينقضي بصفة تبعية إذا انقضى الدين المضمون، فينقضي الرهن تبعاً لانقضاء الدين. فالرهن تابع للدين، يزول بزواله، ويبقى ببقائه.

وينقضي الرهن بصفة أصلية، إذا زال وحده دون أن ينقضي الدين.

---

(١) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ١٩٠.
(٢) الوسيط للسنهوري، جـ ١٠، فقرة ٣٣٥، ص ٦١٤ وما بعدها.
(٣) المرجع السابق، جـ ١٠ فقرة ٦١٢، ص ٨٦٣ وما بعدها.

وأسباب انقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية هي: تمام إجراءات التطهير[1]، وبيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني، وعدم سماح مرتبة الدائن المرتهن باستيفاء حقه من العقار المرهون، ونزول الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي، واتحاد الذمة في العقار المرهون، وهلاك العقار المرهون.

وأسباب انقضاء الرهن الحيازي في القانون بصفة أصيلة هي: نزول الدائن المرتهن عن الرهن، واتحاد الذمة، وهلاك الشيء أو انقضاء الحق المرهون، والبيع الجبري، وفسخ الرهن الحيازي.

هذا، وانقضاء الرهن في الفقه الإسلامي لا يخرج عن انقضائه في القانون، وإن لم يعالج ذلك بطريقة مباشرة[2].

---

(١) تطهير العقار هو أحد الخيارات الممنوحة للحائز غير الراهن الذي تلقى ملكية العقار مثقلة بالرهن، لكي يحاول تفادي اجراءات التنفيذ وبيع العقار، وهذا الخيار هو عبارة عن تحرير العقار وتخليصه من كافة الحقوق المقيدة عليه النافذة في حق الحائز، أي المشهورة قبل تسجيل سنده، ويكون ذلك بأن يعرض الحائز قيمة العقار على جميع الدائنين مقيدي الحقوق حتى أصحاب الحقوق المؤجلة، فإن قبلوها وأوفى لهم بها أو أودعها خزانة المحكمة تحرر العقار من الرهن ومن كل حق آخر مقيد عليه، وان رفضوها أو رفض أحدهم بيع العقار بالمزاد العلني فوراً وتحرر العقار أيضاً من تلك الحقوق.

(٢) وذلك في المراجع التي تحت أيدينا.

الفصل الثالث والعشرون
الكفالة

(تعريفها، مشروعيتها، التنجيز والتعليق والتوقيت، مطالبة الكفيل والأصيل معاً، أنواع الكفالة، رجوع الكفيل على المضمون عنه، انقضاء الكفالة).

تعريفها:

الكفالة في اللغة: الضمان. والكفيل: الضامن. والكافل: العائل، الذي يعول إنساناً وينفق عليه[1]، ومنه قوله تعالى: ﴿وكفلها زكريا﴾[2].

وفي الفقه الاسلامي[3]: ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين أو عمل. وهذا عند الحنفية. ويعرفها غيرهم من الأئمة بأنها ضم الذمتين في المطالبة والدين.

والكفالة تسمى: حمالة، وضمانة، وزعامة.

وهي تقتضي: كفيلاً، وأصيلاً، ومكفولاً، ومكفولاً به.

فالكفيل هو الذي يلتزم بأداء المكفول به، ويجب أن يكون بالغاً، عاقلاً،

---

(١) الوافي للبستاني، ص ٥٤٣.

(٢) سورة آل عمران آية ٣٧.

(٣) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٨٣.

مطلق التصرف في ماله، راضياً بالكفالة[1]. ويسمى الكفيل الضامن، والزعيم، والحميل، والقبيل.

والأصيل هو المدين، وهو المكفول عنه. ولا يشترط بلوغه، ولا عقله، ولا حضوره، ولارضاه بالكفالة[2]. بل تجوز الكفالة عن الصبي والمجنون والغائب. ولكن الكفيل لا يرجع على أحد من هؤلاء اذا أدى عنه، بل يعتبر متبرعاً، إلا في حالة ما اذا كانت الكفالة عن الصبي المأذون له في التجارة وكانت بأمره.

المكفول أو المكفول له هو الدائن. ويشترط أن يعرفه الضامن خلافاً للبعض[3]، لأن الناس يتفاوتون في المطالبة تسهيلاً وتشديداً، والأغراض تختلف بذلك، فيكون الضمان بدونه غرراً.

والمكفول به هو النفس أو الدين أو العين أو العمل الذي وجب أداؤه عن المكفول عنه. وله شروط ستأتي في موضعها.

والكفالة في القانون[4] عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه.

ويؤخذ من هذا التعريف أن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن، أما المدين الأصلي فليس طرفاً في عقد الكفالة، بل إن كفالة المدين تجوز بغير علم منه، وتجوز أيضاً رغم معارضته. والذي يهم في الكفالة هو التزام هذا المدين، اذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل، فيجب أن يكون مذكوراً في وضوح ودقة في عقد الكفالة، وهذا الالتزام المكفول أكثر ما يكون مبلغ من النقود، وقد يكون اعطاء شيء غير النقود، كما قد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل. فإذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغاً من النقود، ضمن الكفيل ما عسى أن يحكم به على المدين الأصلي

---

(١) لأنه لا يلزمه الحق ابتداء إلا برضاه.

(٢) لأن الدين إذا قضى عنه بغير إذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه.

(٣) المغني لابن قدامة، جـ ٤، ص ٥٩١.

(٤) م ٧٧٢ مدني مصري، وم ٧٣٨ مدني سوري، وم ٧٨١ مدني ليبي، وم ١٠٠٨ مدني عراقي، وم ١٠٥٣ موجبات وعقود لبناني.

من تعويض من جراء اخلاله بالالتزام باعطاء شيء غير النقود، أو من جراء اخلاله بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل.

فالكفالة في القانون تفترض وجود التزام مكفول، وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي به ودائن. كما تفترض وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول، بموجبه يفي الكفيل بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين الأصلي.

وعلى ذلك فلا بد للكفالة في القانون من توفر أمرين هما في الحقيقة ركنا الكفالة:

الأول: التزام أصلي مكفول، هو التزام المدين الأصلي يضمنه الكفيل، وبدون هذا الالتزام لا تكون كفالة، لأن التزام الكفيل هو التزام تابع للالتزام الأصلي المكفول.

الثاني: اتفاق بين الكفيل والدائن لكفالة التزام المدين الأصلي، وهذا الاتفاق هو عقد الكفالة ذاته. ولذلك يلزم رضا الكفيل بالكفالة، ورضا الدائن بأن يضمن الكفيل حقه.

ولما كان الكفيل يلتزم عادة متبرعاً، فإنه يجب أن يكون متوفراً فيه أهلية التبرع. وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير متبرعاً، واذا كفل كانت الكفالة باطلة.

أما اذا كانت الكفالة بمقابل، سواء أكان المقابل من المدين أم من الدائن، وهذا نادر، فتجب في الكفيل أهلية التصرف لا أهلية التبرع. وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل لأنه لا يملك أهلية التصرف، وقد يملك أهلية الادارة ولكن الكفالة من أعمال التصرف لا من أعمال الادارة، واذا كفل كانت الكفالة قابلة للابطال الى أن تجاز.

أما الدائن، وهو الطرف الآخر في الكفالة، فلا تشترط فيه إلا أهلية التعاقد، فيكفي أن يكون مميزاً اذا كانت الكفالة تبرعية بالنسبة اليه لأنها تتمحض لمصلحته، فإذا دفع مقابلاً للكفيل من أجل كفالته، وجبت فيه أهلية التصرف[1]

---

(١) الوسيط للسنهوري، جـ ١٠ فقرة ١١، ص ١٨ وما بعدهما.

مشروعيتها:

الكفالة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿ قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتنني به ﴾[1]. وقوله جل شأنه: ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم ﴾[2].

وأما السنة: فقول رسول الله ﷺ: «الزعيم غارم»[3]. ومعنى الزعيم: الكفيل. والغارم: الضامن.

وأما الاجماع: فقد أجمع أهل العلم على جوازها، ولا يزال المسلمون يكفل بعضهم بعضاً من عصر النبوة الى وقتنا هذا، دون نكير من أحد من العلماء.

التنجيز والتعليق والتوقيت:

تصح الكفالة عند أبي حنيفة وبعض الحنابلة منجزة، ومعلقة، ومؤقتة[4].

فالمنجزة مثل: قول الكفيل أنا أضمن فلاناً الآن وأكفله. ومتى انعقدت الكفالة كانت تابعة للدين في الحلول والتأجيل والتقسيط، إلا اذا كان الدين حالاً واشترط الكفيل تأجيل المطالبة الى أجل معلوم، فإنه يصح، ولا يطالب به الضامن قبل مضي الأجل.

والمعلقة مثل: ان أقرضت فلاناً فأنا ضامن لك، وكما جاء في الآية: ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم ﴾[5].

والمؤقتة مثل: اذا جاء شهر رمضان فأنا ضامن لك.

مطالبة الكفيل والأصيل معاً:

يرى جمهور الفقهاء أنه متى انعقدت الكفالة جاز لصاحب الحق أن يطالب

---

(١) سورة يوسف آية ٦٦.
(٢) سورة يوسف آية ٧٢.
(٣) سنن أبي داود، جـ ٣، ص ٢٩٧.
(٤) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٨٤.
(٥) سورة يوسف آية ٧٢.

الضامن والمضمون معاً، كما جاز له أن يطالب أيهما شاء بناء على تعدد محل الحق[1]. والمعول عليه في المذهب المالكي أن الضامن لا يقوم مقام الغريم في الدفع إلا عند تعذر الاستيفاء من المدين[2]. وكذلك القانون يجعل للدائن الحق في الرجوع على الكفيل اذا لم يف المدين بدينه للدائن[3].

أنواع الكفالة:

الكفالة في الفقه الإسلامي[4] نوعان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال.

النوع الأول ـ الكفالة بالنفس:

وتعرف بضمان الوجه، وهي التزام الكفيل باحضار الشخص المكفول إلى المكفول له. وتصح بقوله: أنا كفيل بفلان أو ببدنه أو وجهه أو نحو ذلك.

وهي جائزة إذا كان المكفول به حقاً لآدمي غير حد. ولا يشترط العلم بقدر ما على المكفول، لأنه تكفل بالبدن لا بالمال.

أما اذا كانت الكفالة في حد من حدود الله، فإنها لا تصح، سواء أكان الحد حقاً لله تعالى كحد الخمر، أم كان الحد حقاً لآدمي كحد القذف.

وهذا مذهب أكثر العلماء، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: «لا كفالة في حد»[5]. ولأن مبناه على الاسقاط والدرء بالشبهة، فلا يدخله الاستيثاق. ولأنه لا يجوز استيفاؤه من الكفيل اذا تعذر عليه احضار المكفول به.

وعند أصحاب الشافعي تصح الكفالة باحضار من عليه عقوبة لآدمي كقصاص وحد قذف، لأنه حق لازم. أما اذا كان حدا لله فلا تصح فيه الكفالة.

ومنع ابن حزم الظاهري الضمانة بالوجه أصلاً لا في مال ولا في حد.

ومتى تكفل باحضاره لزمه احضاره، فإن تعذر عليه احضاره مع حياته، أو

---

(١) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٨٥.

(٢) الفقه الحديث لمحمد مصطفى جاد، ص ٢٤٥.

(٣) الوسيط للسنهوري، جـ ١٠، فقرة ٣٧، ص ٨٩ وما بعدهما.

(٤) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٨٥ ـ ٢٨٧.

(٥) رواه البيهقي بإسناد ضعيف، وقال: إنه منكر (سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٩١).

امتنع الكفيل عن احضاره، غرم ما عليه، لقول الرسول ﷺ: «الزعيم غارم»[1]، إلا اذا اشترط احضاره دون المال، وصرح بالشرط، وهذا مذهب المالكية وأهل المدينة.

وقالت الحنفية: يحبس الكفيل الى أن يأتي به أو يعلم موته، ولا يغرم المال إلا اذا شرطه على نفسه.

واذا مات الأصيل فإنه لا يلزم الكفيل الحق الذي عليه، لأنه انما تكفل بالنفس ولم يكفل بالمال، فلا يلزمه ما لم يتكفل به. وكذلك يبرأ الكفيل اذا سلم المكفول نفسه. ولا يبرأ الكفيل بموت المكفول له، بل تقوم ورثته مقامه في المطالبة باحضار المكفول.

النوع الثاني ـ الكفالة بالمال:

الكفالة بالمال هي التي يلتزم فيها الكفيل التزاماً مالياً. وهي أنواع ثلاثة:

(١) **الكفالة بالدين:** وهي التزام أداء دين في ذمة الغير. لحديث سلمة بن الأكوع أن النبي ﷺ أمتنع عن الصلاة على من عليه الدين، فقال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلى دينه. فصلى عليه[2].

ويشترط في الدين:

أ ـ أن يكون ثابتاً وقت الضمان، كدين القرض والثمن والأجرة والمهر، فإذا لم يكن ثابتاً فإنه لا يصح، فضمان ما لم يجب غير صحيح، كما اذا قال: بع لفلان وعلى أن أضمن الثمن أو أقرضه وعلى أن أضمن بدله، وهذا مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن والظاهرية. وأجاز ذلك أبو حنيفة ومالك وأبو يوسف، وقالوا: بصحة ضمان ما لم يجب.

ب ـ أن يكون معلوماً، فلا يصح ضمان المجهول، لأنه غرر، فلو قال ضمنت لك ما في ذمة فلان وهما لا يعلمان مقداره فإنه لا يصح، وهذا

---

(١) سنن أبي داود، جـ ٣، ص ٢٩٧.

(٢) سبل السلام للصنعاني، جـ ٣، ص ٨٨٨، ٨٨٩. وذهب الجمهور الى صحة الكفالة عن الميت ولا رجوع له في مال الميت.

مذهب الشافعي وابن حزم. وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد: يصح ضمان المجهول، لقوله تعالى: ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم ﴾[1]. وحمل البعير غير معلوم اذا أنه يختلف باختلاف البعير قوة وضعفاً وصغراً وكبراً، وكذلك لعموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم»[2]، ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر[3].

(٢) الكفالة بالعين أو الكفالة بالتسليم: وهي التزام تسليم عين معينة موجودة بيد الغير. مثل رد المغصوب من الغاصب، وتسليم المبيع الى المشتري. ويشترط فيها أن تكون العين مضمونة على الأصيل كما في المغصوب والمبيع. فإذا لم تكن مضمونة كالعارية والوديعة فإن الكفالة لا تصح.

(٣) الكفالة بالدَّرَك: أي بما يدرك المال المبيع ويلحق به من خطر بسبب سابق على البيع، أي أنها كفالة وضمانة لحق المشتري تجاه البائع إذا ظهر للمبيع مستحق، كما لو تبين أن المبيع مملوك لغير البائع أو مرهون.

هذا وقد زاد المالكية نوعاً ثالثاً من الكفالة هو كفالة الطلب وهو التزام طلب الغريم والتفتيش عليه إن تغيب. وان لم يأت به لرب الحق. فالكفالة عندهم ثلاثة أقسام: كفالة مال، وكفالة طلب، وكفالة وجه[4].

رجوع الكفيل على المضمون عنه:

اتفق الأئمة الأربعة على أنه اذا أدى الضامن عن المضمون عنه ما عليه من دين رجع عليه متى كان الضمان والأداء بإذنه، لأنه أنفق ماله فيما ينفعه بإذن[5].

واختلفوا فيما اذا ضمن عن غيره حقاً بغير أمره وأداه، فقال الشافعية وأبوحنيفة: هو متطوع، وليس له الرجوع عليه. والمشهور عن مالك: أن له

---

(١) سورة يوسف آية ٧٢.
(٢) سنن أبي داود، جـ ٣، ص ٢٩٧.
(٣) منهج الاسلام في المعاملات المالية د. أحمد عثمان، ص ٢٩٧، ٢٩٨.
(٤) الفقه الحديث لمحمد مصطفى جاد، ص ٢٤٥.
(٥) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٨٧.

الرجوع به. وعن أحمد: روايتان[1].

ويجب في القانون على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين اذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه. فإذا لم يعارض المدين في الوفاء، بقي للكفيل حقه في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه[2].

وللكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين، سواء أكانت الكفالة قد عقدت بعلمه أم بغير علمه. ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، على أنه في المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت اخباره المدين الأصلي بالاجراءات التي اتخذت ضده. ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع[3]

أما اذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن بالرغم من معارضته فإن هذا الفرض يطبق بشأنه المبادىء العامة في القانون، وهذه تقضي بأن الكفيل في هذا الفرض اذا وفى الدين عن المدين يكون قد افتقر بمقدار ما دفع، ويكون المدين قد اغتنى أيضاً بهذا المقدار لأن الدين كان في ذمته فبرئت ذمته منه، فيرجع الكفيل على المدين بقاعدة الاثراء بلا سبب، أي يرجع بمقدار ما دفع عن المدين اذا كانت ذمة المدين قد برئت بهذا المقدار. ولكن الكفيل لا يرجع بالمصروفات التي تكبدها لأن المدين لم يغتن بمقدارها وإن كان الكفيل قد افتقر، ولا يرجع الكفيل بفوائد ما دفعه إلا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد طبقاً للقواعد العامة القانونية، فلا يرجع بالفوائد من وقت الدفع[4].

والقانون في هذا لا يخرج عما عليه الفقه الإسلامي في جملته، إلا أن القانون أباح الرجوع بالفوائد وهذه محرمة شرعاً لأنها نوع من الربا هو ربا النسيئة.

---

(١) المرجع السابق في نفس الموضع المذكور.

(٢) م ٧٩٨ مدني مصري.

(٣) م ٨٠٠ مدني مصري.

(٤) الوسيط للسنهوري، جـ ١٠، فقرة ٦٠، ص ١٥٩، ١٦٠.

انقضاء الكفالة:

لا يخرج الكفيل عن الكفالة في الفقه الاسلامي[1] إلا بأداء الدين منه أو من الأصيل، أو بإبراء الدائن نفسه من الدين أو نزوله عن الكفالة، وله هذا النزول لأنه من حقه. ومن حق المكفول له فسخ عقد الكفالة من ناحيته، ولو لم يرض المدين المكفول عنه أو الكفيل، وليس هذا الفسخ للمكفول عنه ولا للكفيل.

وتنقضي الكفالة في القانون [2] بطريق تبعي وبطريق أصلي، فتنقضي بطريق تبعي اذا انقضى الدين المكفول بسبب من أسباب الانقضاء، لأن الكفالة تابعة لهذا الدين، فإذا انقضى الدين المكفول، انقضت الكفالة، لأن التابع لا يبقى بغير الأصيل، وانقضاء الدين المكفول يكون بالوفاء، والوفاء بمقابل، والتجديد، والمقاصة، واتحاد الذمة، والابراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم. وقد يفسخ الدين المكفول أو يتمسك بإبطاله، فتزول الكفالة تبعاً لذلك.

وتنقضي الكفالة بطريق أصلي اذا انقضت هي ذاتها بسبب من أسباب انقضاء الدين كالابراء واتحاد الذمة والتقادم، دون أن ينقضي الدين المكفول.

كل هذا ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة القانونية في انقضاء الكفالة. ولكن هناك ثلاثة أوجه خاصة بالكفالة دون غيرها قد تنقضي بها الكفالة بطريق أصلي دون أن ينقضي الدين المكفول، وهذه الأوجه هي:

(١) براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، ويقصد بالضمانات كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة[3]، سواء أكان هذا التأمين اتفاقياً كالرهن الرسمي والرهن الحيازي أم قانونياً كحقوق الامتياز أو حتى قضائياً كحق الاختصاص[4].

---

(١) فقه السنة للسيد سابق، جـ ٣، ص ٢٨٧.

(٢) الوسيط للسنهوري، جـ ١٠، فقرة ٨٣، ص ٢١٣ وما بعدهما.

(٣) م ٧٨٤ مدني مصري، ويطابقها، م ٧٥٠ مدني سوري، وم ٧٩٣ مدني ليبي، ويوافقها، م ١٠٢٧ مدني عراقي، وم ١٠٨٩ موجبات وعقود: تبرأ ذمة الكفيل إذا أصبح حلوله محل الدائن في الحقوق غير ممكن بسبب فعل من الدائن.

(٤) الوسيط للسنهوري، جـ ١٠، فقرة ١٠٤، ص ٢٤٥.

(٢) براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ اجراءات التنفيذ ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً[١].

(٣) براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب اهمال الدائن لعدم تقدمه في تفليسة المدين[٢].

هذا، ومن الواضح أن القانون يتفق والفقه الإسلامي في بعض الأمور التي تنقضي بها الكفالة، وينفرد بزيادة بعض الأمور الأخرى، والتي لا نرى ما يمنع من الأخذ بها في الفقه الإسلامي.

(١) م ٧٨٥ مدني مصري، ويطابقها م ٧٥١ مدني سوري، وم ٧٩٤ مدني ليبي، وقريب منها، م ١٠٣٦ مدني عراقي، وم ١٠٧٩ موجبات وعقود لبناني.

(٢) م ٧٨٦ مدني مصري، ويطابقها م ٧٥٢ مدني سوري، وم ٧٩٥ مدني ليبي، وم ١٠٢٨ مدني عراقي، وقريب منها م ١٠٧٣ موجبات وعقود لبناني.



خاتمة

أهم النتائج

خرجنا من هذه الدراسة بنتائج لعل أهمها ما يلي:

(١) إن الفقه الإسلامي مستقل بمصطلحاته ووسائله الفنية الخاصة التي تميزه عن غيره، ومنفرد بمنهج متكامل في تنظيم موضوعاته، ومعتمد على كتاب الله وسنة رسوله ﷺ في استنباط أحكامه، مما يبين لنا أصالة هذا الفقه، وبعد فقهائه عن التقليد. ولذلك فإن محاولة تقريبه من أي نظام آخر محاولة تؤدي في كثير من الأحيان الى تشويهه والخروج به عن طبيعته.

(٢) إن اختلاف علماء الفقه الإسلامي - القائم على الاجتهاد - في كثير من المسائل قد أثرى هذا الفقه بالحلول المختلفة للمشاكل العديدة التي نتعرض لها.

(٣) إن الفقه الإسلامي أكثر من القانون حكمة ودقة وصواباً ومحافظة على أموال الغير، وهذا واضح من خلال عرضنا لموضوعات البحث، ويظهر ذلك بصفة خاصة من مقارنة حكم بيع ملك الغير (بيع الفضولي) في كل منهما. ومن مقارنة شروط عيب المبيع الموجب للضمان في القانون بشروط ثبوت خيار العيب في الفقه الاسلامي. ومن قول القانون بسقوط دعوى ضمان العيوب بالتقادم بمرور سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ومخالفة ذلك لإجماع علماء الفقه الإسلامي، لأنه يؤدي الى أكل أموال الناس بالباطل، وهو منهى عنه شرعاً وغير ذلك كثير. وهذا يؤكد لنا تفوق الفقه الإسلامي على القانون. ويعطي الحق لكل مسلم بأن يفخر بهذا الفقه العظيم.

(٤) إن الاختلافات بين الفقه الإسلامي والقانون في أحكام المعاملات المختلفة كثيرة ومتعددة، إلا أن الاختلافات الجوهرية لا تظهر إلا في بعض الموضوعات القليلة كالربا مثلاً، فإن الفقه الاسلامي حرم قليله وكثيره، بخلاف القانون الذي أباحه في حدود معينة وحرم المتفاحش منه.

ولا يخفي أن أحكام الفقه الإسلامي فيها الخير والسعادة في الدنيا والآخرة لمن يعمل بها ويطبقها على واقع حياته التي يحياها، لأنها مستمدة بصفة أساسية من وحي الله ـ سبحانه وتعالى ـ العليم الخبير.

هذا، وقد عرضت موضوعات البحث هذا العرض، وأبرزت فيها سمو الشريعة وسماحتها، ومبلغ ما وصل اليه فقهاء المسلمين من عمق في التفكير، وحصافة في الرأي، وحسن في الاستنباط، حتى يؤمن الناس أن الفقه الاسلامي كفيل بمسايرة كل عصر وجيل، وخليق بأن يحمل أمانة البشر في مختلف شؤونه حتى يرث الله الأرض ومن عليها.

وقد بذلت قصارى جهدي ليخرج على هذا النحو، ولا أدعي أني قد وصلت به الى حد الكمال، أو أنه خال من الخطأ، فالكمال لله وحده، والعصمة لأنبيائه ورسله، وكل بني آدم خطاء، فإن كنت قد وفقت فهذا من فضل الله وكرمه وغاية ما أرجوه، وإن كانت الأخرى، فمني وأستغفر الله ويشفع لي اجتهادي وحسن نيتي.

والله أسأل أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وأن يحفظنا من الزلل، ويعفو عن الخطأ، إنه نعم المولى ونعم النصير، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

تم بحمد الله وتوفيقه

ثبت بأهم المصادر والمراجع

أولاً ـ القرآن الكريم

(١) القرآن الكريم.

ثانياً ـ علوم القرآن الكريم وتفسيره

(١) البحر المحيط لأبي عبدالله محمد بن يوسف بن علي بن يوسف أبي حيان (المتوفى سنة ٧٥٤هـ)، الجزء الثاني، مطبعة السعادة الطبعة سنة ١٣٢٨هـ القاهرة.

(٣) الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (المتوفى سنة ٦٧١ هـ) كتاب الشعب، دار الشعب بالقاهرة.

(٤) جامع البيان عن تأويل أي القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري (المتوفي سنة ٣١٠هـ) الجزء الثالث، طبعة دار المعارف بمصر، بلا تاريخ.

ثالثاً ـ علوم الحديث وتفسيره

(٥) الترغيب والترهيب من الحديث الشريف لعبد العظيم عبد القوي المنذري (المتوفى سنة ٦٥٦ هـ)، الجزء الثالث، حفظ وتعليق مصطفى محمد عمارة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده الطبعة الثالثة سنة ١٣٨٨ هـ ـ ١٩٦٨ م بمصر.

(٦) سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للإمام محمد بن اسماعيل الأمير اليمني الصنعاني (المتوفى سنة ١١٨٢ هـ)، الجزء الثاني والثالث والرابع، صححه وعلق عليه محمد عبد العزيز الخولي، الناشر مكتبة عاطف بجوار ادارة الأزهر بالقاهرة طبعة سنة ١٩٧٩ م.

(٧) سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق السجستاني (المتوفى سنة ٢٧٥ هـ)، الجزء الثالث، مطبعة مصطفى البابي الطبعة الأولى سنة ١٩٥٢ م القاهرة.

(٨) سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، الجزء السابع، المكتبة العلمية بيروت ـ لبنان، بدون تاريخ.

(٩) صحيح البخاري، الجزء الأول والثالث والتاسع، مطابع الشعب بمصر سنة ١٣٧٨ هـ.

(١٠) صحيح مسلم بشرح النووي، الجزء الرابع والعاشر والحادي عشر، دار احياء التراث العربي بيروت ـ لبنان الطبعة الثانية سنة ١٣٩٢ ـ ١٩٧٢ م.

(١١) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (المتوفى سنة ٨٠٧ هـ)، الجزء الرابع، عنيت بنشره مكتبة القدس طبعة سنة ١٣٥٣ هـ القاهرة.

(١٢) مسند الإمام أحمد بن حنبل، الجزء الأول والثاني والثالث والرابع والخامس والسادس، دار صادر بيروت، بلا تاريخ.

(١٣) نصب الراية لأحاديث الهداية لجمال الدين أبي محمد الزيلعي (المتوفى سنة ٧٦٢ هـ)، الجزء الثالث، طبعة دار المأمون بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ.

(١٤) نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار للشيخ الإمام المجتهد العلامة الرباني قاضي قضاة القطر اليماني محمد بن علي بن محمد الشوكاني (المتوفى ١٢٥٥ هـ)، الجزء الخامس والسابع والثامن، دار الجيل بيروت ـ لبنان سنة ١٩٧٣ م.

رابعاً ـ كتب المذاهب الفقهية

أ ـ الحنفية:

(١٥) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، دار ومكتبة الهلال بيروت ـ لبنان ١٤٠٠ هـ ـ ١٩٨٠ م.

(١٦) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين العابدين بن نجيم الحنفي، الجزء الرابع والخامس، مطبعة دار الكتب العربية سنة ١٣٣٤ هـ.

(١٧) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الملقب بملك العلماء (المتوفى سنة ٥٨٧هـ)، الجزء الخامس والسادس، مطبعة الجمالية بمصر، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨هـ - ١٩١٠م.

(١٨) تكملة فتح القدير (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار) لشمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده أفندي (المتوفى سنة ٩٨٨ هـ)، الجزء السابع المكتبة التجارية بمصر، بلا تاريخ.

(١٩) رد المحتار على الدر المختار على متن تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين لمحمد أمين بن عابدين (المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ)، الجزء الأول والرابع، المطبعة المصرية بمصر سنة ١٢٨٦ هـ.

(٢٠) العناية شرح على الهداية لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتي (المتوفى سنة ٧٨٦ هـ)، الجزء الخامس، مطبوع بهامش فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية الطبعة الأولى سنة ١٣١٦ هـ بمصر.

(٢١) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحموي (المتوفى سنة ١٠٩٨ هـ)، الجزء الخامس، المطبعة الكبرى الأميرية الطبعة الأولى سنة ١٣١٦ هـ.

(٢٢) فتح القدير شرح الهداية لكمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام (المتوفى سنة ٨٦١ هـ) الجزء الخامس، المطبعة الكبرى الاميرية الطبعة الأولى سنة ١٣١٦ هـ بمصر.

(٢٣) الهداية شرح بداية المبتدىء للشيخ برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشداني المرغيناني (المتوفى سنة ٥٩٣ هـ)، الجزء الثالث، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٥٥ هـ.

ب ـ المالكية:

(٢٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد بن عرفة الدسوقي، الجزء الثالث، المطبعة الأزهرية عام ١٣٤٥ هـ.

(٢٥) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني على متن خليل، الجزء السادس، المطبعة الأميرية بمصر سنة ١٣٠٦ هـ.

(٢٦) شرح الزرقاني على متن خليل لأبي عبد الله محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (المتوفى سنة ١١٢٢ هـ)، الجزء السادس، المطبعة الأميرية بمصر، الطبعة الأولى سنة ١٣٠٦هـ.

(٢٧) الشرح الكبير لسيدي أحمد الدردير، الجزء الرابع، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي، المطبعة الأزهرية بمصر سنة ١٣٠٩ هـ.

(٢٨) الفروق لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس عبد الرحمن الصنهاجي القرافي (المتوفى سنة ٦٨٤ هـ)، دار احياء الكتب العربية، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٦ هـ بمصر.

(٢٩) القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية لمحمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى سنة ٧٤١ هـ)، مطبعة النهضة بفاس سنة ١٣٤٤ هـ - ١٩٢٦ م.

(٣٠) مواهب الجليل شرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب (المتوفى سنة ٩٥٤ هـ)، الجزء الرابع، طبع ونشر مكتبة النجاح بليبيا، بلا تاريخ.

جـ - الشافعية:

(٣١) تكملة المجموع شرح المهذب لمحمد نجيب المطيعي، الجزء الثاني عشر والثالث عشر، الناشر زكريا علي يوسف مطبعة الإمام بمصر، بدون تاريخ.

(٣٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام، الجزء الثاني، طبعة سنة ١٣٥٣ هـ بمصر.

(٣٣) المجموع شرح المهذب لمحيي الدين أبي زكريا بن شرف بن مري النووي الحزامي الحواربي (المتوفى سنة ٦٧٦ هـ)، الجزء التاسع، المطبعة المنيرية بالقاهرة، بلا تاريخ.

(٣٤) مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المحتاج لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري الخطيب، الجزء الثاني والخامس، المكتبة التجارية الكبرى بمصر سنة ١٣٧٤ هـ ـ ١٩٥٥ م.

(٣٥) المهذب لأبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي (المتوفى سنة ٤٧٦ هـ)، الجزء الأول، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر الطبعة الثانية سنة ١٣٧٩ هـ.

(٣٦) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين محمد أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، الجزء الرابع، طبعة بولاق بمصر بلا تاريخ.

د ـ الحنابلة:

(٣٧) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، الجزء الرابع، تصحيح وتحقيق محمد حامد الفقي، دار احياء التراث العربي ١٤٠٠ هـ ـ ١٩٨٠ م.

(٣٨) كشاف القناع شرح متن الاقناع لمنصور بن يونس العنقري البهوتي (المتوفى سنة ١٠٥١ هـ)، الجزء الثاني والثالث، المطبعة الشرقية الطبعة الأولى سنة ١٣١٩ هـ بالقاهرة. وهناك نسخة أخرى مراجعة وتعليق الشيخ هلال سيلمي مصطفى هلال، الناشر مكتبة الرياض الحديثة بالرياض ـ السعودية ـ بلا تاريخ (وقد حددنا النسخة التي رجعنا اليها).

(٣٩) المغني على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي لأبي محمد موفق الدين بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (المتوفى سنة ٦٢٠ هـ)، الجزء الثالث والرابع والخامس والسادس، مطبوعات رئاسة ادارة البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد بالمملكة العربية السعودية، مكتبة الرياض الحديثة بالرياض سنة ١٤٠١ هـ ـ ١٩٨١ م.

هـ ـ الظاهرية:

(٤٠) المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم (المتوفى سنة ٤٥٦ هـ)، الجزء التاسع، المطبعة المنيرية بمصر سنة ١٣٥٠ هـ.

خامساً ـ المؤلفات الحديثة في الفقه الإسلامي

(دون التقيد بمذهب معين)

(٤١) أحكام الأسرة في الإسلام ـ دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون للأستاذ محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت الطبعة الثانية سنة ١٣٩٧هـ ـ ١٩٧٧م.

(٤٢) أصول الأحكام الشرعية ومبادىء علم الأنظمة، د. عبدالعزيز العلي النعيم، دار الاتحاد العربي للطباعة، الطبعة الأولى القاهرة ١٩٧٧ م.

(٤٣) أضرار الربا الاجتماعية والبديل عنه د. رمضان حافظ عبد الرحمن، آلة كاتبة، سنة ١٣٩٦ هـ ـ ١٩٧٦ م.

(٤٤) الاقتصاد الإسلامي ـ دراسة في علم الاجتماع الاقتصادي، د. غريب محمد سيد أحمد، دار المعرفة الجامعية بالاسكندرية ١٩٨١ م.

(٤٥) التراضي في المبادلات المالية، د. السيد نشأت ابراهيم الدريني، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة، جدة ـ المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٢ هـ ـ ١٩٨٢ م.

(٤٦) الحدود للشيخ محمد أنيس عبادة ـ آلة كاتبة سنة ١٩٧٥/٧٤ م القاهرة.

(٤٧) الشركات في الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة د. رشاد حسن خليل، الطبعة الثانية سنة ١٤٠١ هـ ـ ١٩٨١ م، دار الرشيد للنشر والتوزيع، مطابع الوطن الفنية بالرياض ـ السعودية.

(٤٨) الشركات في الفقه الإسلامي للشيخ على الخفيف، معهد الدراسات العربية العالية جامعة الدول العربية سنة ١٩٦٢ م.

(٤٩) الشريعة الإسلامية (تاريخها ونظرية الملكية والعقود) د. بدران أبو العينين بدران، الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية، بلا تاريخ.

(٥٠) ضوابط العقد في الفقه الإسلامي. عدنان خالد التركماني، دار الشروق جدة ـ السعودية، الطبعة الأولى سنة ١٤٠١ هـ ـ ١٩٨١ م.

(٥١) الفقه الحديث في مذهب إمام الحديث للشيخ محمد مصطفى جاد، مطبعة دار الشرق الأوسط للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة سنة ١٣٨٠ هـ ـ ١٩٦٠ م بالاسكندرية.

(٥٢) فقه السنة للشيخ السيد سابق، الجزء الثاني والثالث، مكتبة دار التراث بالقاهرة بلا تاريخ.

(٥٣) مبادىء الفقه الإسلامي د. يوسف قاسم، دار النهضة العربية سنة ١٣٩٨ هـ ـ ١٩٧٨ م بالقاهرة.

(٥٤) محاضرات في خيارات البيع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للشيخ عبد الحميد الغفاري، آلة كاتبة سنة ١٩٧٤ م بالقاهرة.

(٥٥) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه للأستاذ محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت ١٤٠١ هـ ـ ١٩٨١ م.

(٥٦) المدخل للفقه الإسلامي (تاريخ التشريع) د. حسن علي الشاذلي، مطبعة السعادة سنة ١٣٩٦ هـ ـ ١٩٧٧ م بالقاهرة.

(٥٧) المذاهب الفقهية، القسم الثاني المعاملات، للشيخ ابراهيم دسوقي الشهاوي، شركة الطباعة الفنية المتحدة سنة ١٩٧٢ م بالقاهرة.

(٥٨) منهج الإسلام في المعاملات المالية د. أحمد عثمان، دار الطباعة المحمدية.

(٥٩) النظريات السياسية الإسلامية د. محمد ضياء الدين الريس، مكتبة دار التراث، الطبعة السابعة ١٩٧٩م بالقاهرة.

(٦٠) النظرية العامة في العاملات (نظرية العقد في الشريعة الإسلامية) للشيخ محمد شعبان، آلة كاتبة، سنة ١٩٧٤ م القاهرة.

(٦١) الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي للشيخ محمد سلام مدكور، دار النهضة العربية، ١٩٧٦/٧٥م القاهرة.

سادساً ـ كتب أصول الفقه

(٦٢) أصول الفقه الإسلامي د. بدران أبو العينين بدران، الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية، بلا تاريخ.

(٦٣) شرح الأسنوي ـ نهاية السول للإمام جمال الدين الأسنوي (المتوفى سنة ٧٧٢ هـ)، الجزء الثالث، ومعه شرح البدخشي،مناهج العقول للإمام محمد ابن الحسن البدخشي، وكلاهما شرح منهاج الوصول في علم الأصول للقاضي البيضاوي، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده بالأزهر بمصر، بلا تاريخ.

(٦٤) شرح البدخشي ـ مناهج العقول للإمام محمد بن الحسن البدخشي، الجزء الثالث، ومعه شرح الأسنوي نهاية السول للإمام جمال الدين الأسنوي، وكلاهما شرح منهاج الوصول في علم الأصول للقاضي البيضاوي، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده بالأزهر بمصر، بلا تاريخ.

سابعاً ـ كتب اللغة

(٦٥) رائد الطلاب لجبران مسعود، مجموع لغوي عصري رتبت مفرداته وفقاً لحروفها الأولى، دار العلم للملايين الطبعة الأولى بيروت سنة ١٩٦٧ م.

(٦٦) القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، الجزء الأول والثاني والثالث والرابع، ملتزم الطبع والنشر شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الثانية سنة ١٣٧١ هـ ـ ١٩٥٢ م.

(٦٧) مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه بالقاهرة، بلا تاريخ.

(٦٨) الوافي (معجم وسيط للغة العربية) للشيخ عبد الله البستاني، مكتبة لبنان - بيروت ١٩٨٠ م.

ثامناً - مؤلفات القانون

(٦٩) البداية في شرح أحكام البيع د. عبد الناصر توفيق العطار، آلة كاتبة سنة ١٣٩٠/٨٩ هـ - ٦٩/١٩٧٠ م القاهرة.

(٧٠) دراسة في النظرية العامة للالتزام د. محمود جمال الدين زكي، طبعة سنة ١٩٦٥/٦٤ م القاهرة.

(٧١) دروس في التأمينات العينية د. محمد علي عتمان الفقي، آلة كاتبة سنة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م القاهرة.

(٧٢) دروس في الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول (حق الملكية)، د. جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٧١ م.

(٧٣) دروس في عقد البيع د. محمد علي عتمان الفقي، آلة كاتبة سنة ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م القاهرة.

(٧٤) دروس في العقود المسماة (البيع والتأمين) د. عبد الودود يحيى، دار النهضة العربية سنة ١٩٧٨ م القاهرة.

(٧٥) دروس في المدخل للعلوم القانونية د. اسماعيل عبد الغني، طبعة سنة ١٩٧٩م القاهرة.

(٧٦) دروس في المدخل للعلوم القانونية د. نعمان محمد خليل جمعة، دار النهضة العربية بالقاهرة سنة ١٩٧٧ م.

(٧٧) دروس في نظرية الالتزام د. محمد علي عتمان الفقي، مطبعة الفجر الجديد منشية ناصر بالقاهرة سنة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م.

(٧٨) دروس في نظرية الالتزام ـ مصادر الالتزام د. محمد لبيب شنب، دار النهضة العربية ١٩٧٧/٧٦ م القاهرة.

(٧٩) دروس في نظرية الحق د. محمد علي عتمان الفقي، مطبعة الفجر الجديد بمنشية ناصر بالقاهرة سنة ١٤٠٢ هـ ـ ١٩٨١ م.

(٨٠) شرح التأمينات العينية، المستشار عبد الوهاب البنداري، المطبعة العالمية ١٩٧٥/٧٤ م القاهرة.

(٨١) شرح القانون المدني د. سليمان مرقس، الجزء الثاني الالتزامات، المطبعة العالمية بالقاهرة ١٩٦٤ م، والجزء الثالث العقود المسماة المجلد الأول عقد البيع، عالم الكتب، الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٠ م القاهرة.

(٨٢) عقد البيع د. عبد الرازق حسن فرج، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٦ هـ ـ ١٩٧٦ م القاهرة.

(٨٣) عقد البيع والمقايضة د. توفيق حسن فرج، مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية ١٩٧٩ م.

(٨٤) القانون الاداري د. ماجد راغب الحلو، دار المطبوعات والمعرفة الجامعية بالاسكندرية، بلا تاريخ.

(٨٥) القانون التجاري السعودي د. محمد حسن الجبر، عمادة شؤون المكتبات جامعة الملك سعود بالرياض ـ السعودية، الطبعة الأولى ١٤٠٢ هـ ـ ١٩٨٢ م.

(٨٦) القانون التجاري د. محمد فريد العريني، دار المطبوعات الجامعية الطبعة الأولى ١٩٧٧/٧٦ م بالاسكندرية.

(٨٧) القانون التجاري د. مصطفى كمال طه، مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية سنة ١٩٨١ م.

(٨٨) مبادىء القانون التجاري والبحري د. علي البارودي، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية سنة ١٩٧٧ م.

(٨٩) مبادىء القانون د. عبد المنعم البدراوي، مكتبة سيد عبد الله وهبة سنة ٦٩/١٩٧٠ م القاهرة.

(٩٠) المدخل للعلوم القانونية د. توفيق حسن فرج، مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية ١٩٨١ م.

(٩١) مصادر الالتزامات د. منصور مصطفى منصور، آلة كاتبة سنة ٧٠/١٩٧١ م القاهرة.

(٩٢) مصادر الالتزام د. عبد المنعم فرج الصدة، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٧٩ م.

(٩٣) النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول (مصادر الالتزام)، د. جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية ١٩٧٥ م القاهرة.

(٩٤) الوجيز في القانون التجاري د. مصطفى كمال طه، منشأة دار المعارف بالاسكندرية بلا تاريخ.

(٩٥) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ـ نظرية الالتزام بوجه عام د. عبدالرزاق السنهوري، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٢ م القاهرة، والجزء الثاني (آثار الالتزام)، دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٦ م القاهرة، والجزء الثالث (الأوصاف ـ الحوالة ـ الانقضاء)، دار احياء التراث العربي ١٩٥٨ م القاهرة، والجزء الرابع (العقود التي تقع على الملكية) المجلد الأول (عقد البيع والمقايضة)، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ١٩٦٠ م القاهرة، والجزء الخامس (العقود التي تقع على الملكية) المجلد الثاني (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)، دار احياء التراث العربي بالقاهرة، بدون تاريخ، والجزء السادس (العقود الواردة على الانتفاع بالشيء) (الإيجار والعارية) المجلد الثاني، دار النهضة العربية ١٩٦٣ م القاهرة، والجزء السابع المجلد الأول (العقود الواردة على العمل) (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، دار النهضة العربية ١٩٦٤ م القاهرة، والجزء الثامن (حق

الملكية)، دار النهضة العربية ١٩٦٧ م القاهرة، والجزء التاسع (أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية) «حق الانتفاع وحق الارتفاق»، دار النهضة العربية ١٩٦٨ م القاهرة، والجزء العاشر والأخير في التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ١٩٦٩ م القاهرة.

تاسعاً ـ بحوث ورسائل

(٩٦) الاثراء بلا سبب كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي د. محمد علي عتمان الفقي، رسالة دكتوراة من كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة سنة ١٩٧٩ م.

(٩٧) نظرية الربا المحرم في الشريعة الإسلامية، بحيث للشيخ إبراهيم زكي الدين بدوي، بمجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة التاسعة.

عاشراً ـ تقنينات وأنظمة

(٩٨) التقنين التجاري المصري الصادر في ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٣ م.

(٩٩) تقنين العاملين المدنيين بالدولة المصري الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ م.

(١٠٠) التقنين المدني المصري الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ م.

(١٠١) المجلة (مجلة الأحكام العدلية) للجنة من كبار ديوان الأحكام العدلية، وضعت في ١٢٩٣/٨/٢٦ هـ واشتملت على ١٨٥١ مادة موزعة على أبواب الفقه الإسلامي الحنفي المختلفة، طبعة بيروت، تصحيح الشيخ يوسف الأسير.

(١٠٢) مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان لمحمد قدري باشا، المطبعة الأميرية بمصر الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٩ م.

(١٠٣) نظام الأوراق التجارية بالمملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٧ وتاريخ ١١/١٠/١٣٨٣ هـ.

(١٠٤) نظام الخدمة المدنية بالمملكة العربية السعودية ولوائحه التنفيذية الصادرة بالمرسوم الملكي رقم م/٤٩ وتاريخ ١٠/٧/١٣٩٧ هـ.

(١٠٥) نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦ وتاريخ ٢٢/٣/١٣٨٥ هـ والمعدل بالمرسومين الملكيين رقم م/٥ وتاريخ ١٢/٣/١٣٨٧ هـ ورقم م/٢٣ وتاريخ ٢٨/٦/١٤٠٢ هـ.

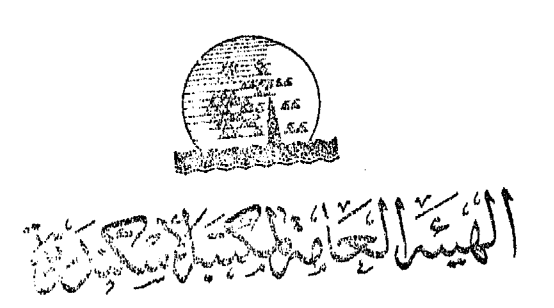
(١٠٦) نظام مجلس الوزراء في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٨ في ٢٢/١٠/١٣٧٧هـ.

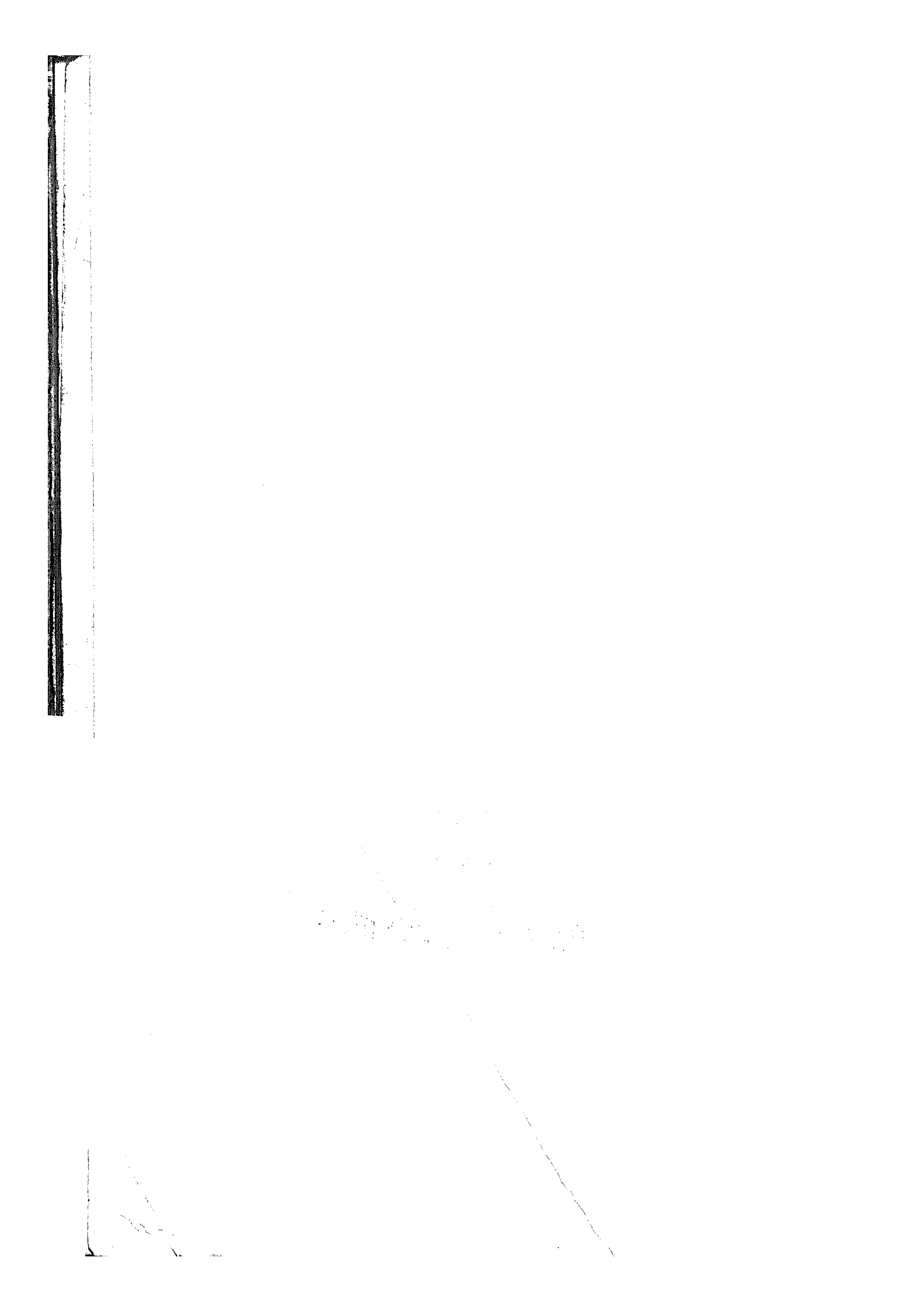
(١٠٧) نظام المحكمة التجارية بالمملكة العربية السعودية الصادر بالأمر السامي رقم ٣٢ في ١٥/١/١٣٥٠هـ.

حادي عشر ـ مراجع أخرى

(١٠٨) المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي عن الكتب الستة وعن مسند الدارمي وموطأ مالك ومسند أحمد بن حنبل ـ الاتحاد الأممي للمجامع العلمية، مكتبة بريل في مدينة ليدن، الجزء الأول، سنة ١٩٣٦ م، والجزء الثالث، سنة ١٩٥٥ م.

* * *


الهيئة العامة لمكتبة الإسكندرية



فِقهُ المعَامَلات

دراسة مقارنة

يختلف هذا الكتاب عن معظم الكتب الموجودة حتى الآن من حيث الموضوعات الشاملة التي يتضمنها، والأسلوب الواضح والدقيق الذي يمتاز به، والهيكل التنظيمي الفريد في عرض المعاملات بطريقة خاصة تتصف بالمنطق والاستمرارية.

إن هذا الكتاب يحلل كل موضوع من موضوعاته من وجهة نظر الفقه الاسلامي ومن وجهة نظر القانون الوضعي، لكي يمكن القارىء من الاستيعاب الكامل للمعاملات الشرعية والقانونية المتفرقة. وبهذا فقد جمع هذا الكتاب في الموضوعات التي تضمنها العلم والمعرفة المتعلقة بالفقه والقانون ضمن مجلد واحد، مما يغني القارىء عن الرجوع إلى مراجع كثيرة ومختلفة للحصول على هذه الموضوعات. ويركز هذا الكتاب على المعاملات التجارية بصفة عامة والمعاملات التجارية السعودية بصفة خاصة.

ويبدأ ببحث حقيقة الفقه الاسلامي وتقسيماته ومصادره، ثم ينتقل إلى بيان طبيعة القانون الوضعي وخصائصه وأنواعه، ثم يعرض للملكية والعقود بشكل عام، وبعدها يتناول الموضوعات المتعلقة بالمعاملات كالبيع والورقة التجارية والوكالة.